BEATRIZ MENEGHEL CHAGAS CAMARGO

A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988:

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Atena Editora
Ano 2021

BEATRIZ MENEGHEL CHAGAS CAMARGO

A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988:

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Ano 2021

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Ano 2021

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: a atuação do poder judiciário

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Mariane Aparecida Freitas
Indexação: Gabriel Motomu Teshima
Revisão: A autora
Autora: Beatriz Meneghel Chagas Camargo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C172 Camargo, Beatriz Meneghel Chagas
A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: a atuação do poder judiciário / Beatriz Meneghel Chagas Camargo. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5983-692-5
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.925211111

1. Separação de poderes - Brasil. 2. Freios e contrapesos. 3. Poder judiciário - Brasil. 4. Controle. I. Camargo, Beatriz Meneghel Chagas. II. Título.
CDD 347.81012

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

Ano 2021

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

DECLARAÇÃO DA EDITORA

Ano 2021

SUMÁRIO

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar se os freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988 asseguram o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A separação dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos foram concebidos com o intuito de, ao conter o abuso dos titulares dos poderes, assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos. Questão que se coloca neste estudo é se a forma como distribuídos tais instrumentos de controle recíproco entre os três Poderes, na Constituição Federal de 1988, atende à atual realidade brasileira, em que o Poder Judiciário vem ganhando posição de preeminência.
PALAVRAS-CHAVE: Separação de poderes. Freios e contrapesos. Poder Judiciário. Controle.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze whether the checks and balances in the Federal Constitution of 1988 ensure the balance between the Executive, Legislative and Judicial Powers. The separation of powers and the mechanisms of checks and balances were conceived with the intention of, in containing the abuse of the holders of the powers, to guarantee the fundamental rights of the individuals. The question that arises in this study is whether the way in which such instruments of mutual control are distributed among the three Powers, in the Federal Constitution of 1988, responds to the current Brazilian reality, in which the Judiciary has been gaining a prominent position.
KEYWORDS: Separation of powers. Check and balances. Judicial Power. Control.

INTRODUÇÃO

A concepção do exercício do poder político dividido entre órgãos diversos teve como objetivo, desde a sua primeira aparição, a contenção de seu abuso, impedindo que permanecesse nas mãos de um só indivíduo ou de um só grupo.

A despeito de a ideia de distribuição de poderes ter surgido já na Grécia Antiga, ganhou destaque quando da passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, momento em que tomou o formato tripartite, hoje amplamente difundido.

A forma de divisão tripartite, em verdade, é apenas uma das formas possíveis para o atingimento da finalidade principal, que é a contenção do abuso do poder por parte daqueles que o detêm. Assim, espera-se que qualquer forma de divisão de poder entre diferentes órgãos que possuem diferentes funções inerentes ao Estado cumpra essa função.

Os objetivos buscados quando da teorização da separação dos poderes não diferem daqueles almejados quando da concepção dos mecanismos de freios e contrapesos, que nada mais são do que um aprimoramento da concepção inicial da separação dos poderes. Os freios e contrapesos estabeleceram, além da mera divisão de funções entre diferentes órgãos estatais, mecanismos de controles recíprocos entre eles – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, de um modo geral, pode-se afirmar que tanto a separação de poderes quanto os mecanismos de freios e contrapesos não são um fim em si mesmos, mas apenas um meio de resguardar as liberdades e os direitos daqueles que vivem sob esse poder. Afinal de contas, o poder de que dispõe o Estado foi outorgado por meio do pacto fixado entre este e os indivíduos, cujas regras se encontram formalmente estabelecidas, no caso do Brasil, na Constituição Federal de 1988.

A distribuição de atribuições e dever-poder entre os 3 (três) órgãos que representam as funções estatais na Constituição Federal deve, pois, revestir-se de equilíbrio (harmonia), de modo que nenhum Poder se sobreponha aos demais. Os controles exercidos devem criar condições para que as decisões fundamentais sejam tomadas de forma ponderada. Somente assim o escopo inicial da teoria da separação dos poderes e dos freios e contrapesos pode ser mantido íntegro e fiel à sua concepção original.

O equilíbrio de tais mecanismos de contenção e controle de poder pode, contudo, demandar adaptações ao longo da história, a depender da maneira como os titulares dos 3 (três) Poderes desempenham suas atribuições.

Os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo vêm demonstrando claras transformações no modo como exercem as atribuições que lhes foram constitucionalmente outorgadas.

Durante certo tempo, observou-se uma postura de *self-restraint* do Poder Judiciário, cujas decisões evitavam aplicar diretamente a Constituição a situações que

não estivessem no seu âmbito de incidência expressa, para aguardar o pronunciamento do legislador ordinário; utilizavam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e, ainda, abstinham-se de interferir na definição das políticas públicas[1].

Já há alguns anos, contudo, tem-se observado uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, que assim pode ser resumida:

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
>
> (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas[2].

Paralelamente à mudança de postura do Poder Judiciário, pode-se afirmar que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo vêm contribuindo para uma atuação mais incisiva por parte do Poder Judiciário.

Com efeito, já há algum tempo o Poder Legislativo apresenta dificuldade de satisfazer as necessidades sociais, haja vista a morosidade do processo legislativo constitucional, cujas etapas são insuperáveis, bem como a pouca atenção que direciona ao interesse público.

Por sua vez, o Poder Executivo possui dificuldade de cumprir concretamente as finalidades constitucionais, em grande parte devido ao enorme número de demandas sociais comparativamente aos recursos financeiros disponíveis para tanto.

Acresça-se aos fatos expostos, os incontáveis episódios de corrupção envolvendo membros do Poder Executivo e do Legislativo dos entes que compõem a Federação, o que cria grande sentimento de descrédito junto à população.

Nesse cenário, é notória a ascensão do Poder Judiciário, cujas decisões inserem-se cada vez mais no campo político, preenchendo os vazios deixados pelos outros dois Poderes e exercendo, inclusive, o controle constitucional que lhe cabe sobre eles. Assiste-se, assim, a um deslocamento do centro de decisão das instâncias ordinárias de poder – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário.

Tais alterações despertam questionamentos sobre os controles constitucionais

---

1 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 25-mai. 2017.
2 Ibidem.

exercidos entre os três Poderes previstos na Constituição Federal, mais especificamente sobre os controles exercidos sobre o Poder Judiciário, que emerge como o grande controlador dos demais e titular da palavra final sobre as condutas dos membros dos outros dois Poderes.

Feitas tais considerações, a questão que se coloca neste estudo é a seguinte: a distribuição dos freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988 enseja uma situação de equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? Vale dizer, a finalidade inicial, quando da concepção da separação de poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar um equilíbrio entre os três Poderes, está sendo atendida na redação atual da Constituição Federal?

A fim de responder a tal questionamento, pareceu necessário o estudo do tema da separação dos poderes, que é o germe dos mecanismos de freios e contrapesos, para, em seguida, estudar tais mecanismos, buscando suas raízes históricas e analisando esses mesmos mecanismos na Constituição Federal de 1988.

A partir de tal análise, será possível responder às indagações e verificar se, de fato, os mecanismos de freios e contrapesos previstos constitucionalmente, a serem exercidos pelos Poderes Executivo e Legislativo sobre o Poder Judiciário, possuem o mesmo peso que os exercidos por este Poder sobre aqueles.

Para tanto, foi efetuada pesquisa bibliográfica, cujo objetivo, num primeiro momento, foi encontrar as raízes históricas dos mecanismos de freios e contrapesos, inclusive passando pela origem e evolução da separação dos poderes. Buscou-se, assim, investigar o sentido e a origem da expressão “freios e contrapesos”, até para que se pudesse distinguir os dois conceitos nela presentes. Esses temas estão presentes no primeiro capítulo.

No segundo, terceiro e quarto capítulos, com base em pesquisa bibliográfica e estudo textual da Constituição Federal de 1988, foram analisados os mecanismos de freios e contrapesos para cada um dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Uma vez assimiladas as origens históricas, os conceitos e as previsões do texto constitucional acerca do assunto, procedeu-se, no quinto capítulo, a uma comparação entre os mecanismos de freios e contrapesos, visando a demonstrar que existe claro desequilíbrio entre os controles exercidos pelo Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo e aqueles exercidos por estes dois sobre aquele. A explicar tal desequilíbrio, foram invocadas as razões históricas antes expostas. Por fim, nesse mesmo capítulo foram estudados brevemente alguns instrumentos constitucionais de controle do Poder Judiciário, não enquadráveis no conceito de mecanismos de freios e contrapesos.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES: CONSIDERAÇÕES E ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1 I SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 Considerações preliminares sobre a terminologia utilizada

Propõe-se, num momento preliminar, o estudo da separação dos poderes e de sua evolução histórica a fim de que se possa compreender o surgimento da teoria dos freios e contrapesos tal como hoje concebida.

A título elucidativo, cabe frisar que, a despeito da utilização da terminologia "separação de poderes", sabe-se que o poder político ou poder estatal é uno e caracteriza-se pela sua superioridade "aos demais poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a [...] manter um mínimo de ordem e estimular o bem comum"[1]. Sua superioridade caracteriza a soberania, que implica, a um só tempo, a independência com relação a todos os poderes exteriores a ela, e a supremacia, do ponto de vista interno, sobre os demais poderes[2]. Esse poder estatal ou político é uno e indivisível, daí o surgimento de ideias no sentido de que a expressão separação de poderes não seja adequada.

Assim, correta é a atribuição de desempenho de parcelas de poder, uno e indivisível, a diferentes órgãos. Trata-se, ao final, de desconcentração *sui generis* do poder (já que as funções passam a ser exercidas por órgãos independentes), sem que deixe de ser uno.

Como ensina Dalmo de Abreu Dallari, embora seja clássica a expressão separação de poderes, não há dúvidas sobre ser o poder do Estado uno e indivisível. Segundo ensinamentos do autor, é necessário que haja diversos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, contudo a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Complementa o raciocínio, informando que existe uma relação muito estrita entre as ideias de poder e de função, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções[3].

Anote-se que a identidade entre a separação das funções desse poder uno e indivisível com os órgãos que as exercem é prescindível. Vale dizer, pode-se conceber três funções estatais, contudo essas três funções não necessariamente devem corresponder, em identidade, a três órgãos. Pode-se conceber três funções divididas em número maior ou menor de órgãos. Ou ainda, menor número de funções divididas em número maior de órgãos.

Pontes de Miranda explica, nesse sentido, que nem sempre haverá correspondência subjetiva e perfeita entre a distinção das funções e a separação dos poderes, já que "um conceito é o da distinção das *funções* do Estado; em função *legislativa*, função *executiva* e

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 107.
2 Ibidem
3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* São Paulo: Saraiva, 2006.

função *judiciária*; outro o de *separação absoluta dos poderes*, segundo critério distintivo". Assim, para o autor, "a adoção ou não adoção do *princípio da separação absoluta dos poderes* configura distinção de ordem fática, isto é, pertence à natureza dos fatos da vida social. Por outro lado, pode haver correspondência subjetiva perfeita [...]"[4].

Para efeito deste estudo, considerar-se-á a "separação de poderes" como a organização do poder em vista da existência de órgãos independentes aos quais foi atribuído, especificamente, o desempenho de determinadas funções estatais[5].

Atualmente, o modelo mais usual de separação de poderes concebe três funções inerentes ao poder uno e indivisível, sendo elas a legislativa, a executiva e a judiciária, que encontram correspondência subjetiva nos órgãos independentes, respectivamente, Legislativo, Executivo e Judiciário[6]. Entretanto, é importante ter em mente que essa divisão não é estanque e pode comportar diferentes arranjos.

Com efeito, antes de adentrar no tema da evolução histórica da separação dos poderes, cabe informar que já se concebe a divisão das funções estatais entre outros órgãos que não apenas o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A esse título, vale a pena consultar a obra de Bruce Ackerman, *A nova separação de poderes*[7]*,* ou, ainda, a obra de Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*[8]*.* Ana Paula de Barcellos chega a afirmar,

---

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1 de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I, p. 549 e 575.

5 No mesmo sentido manifesta-se José Afonso da Silva, ao afirmar que "Cumpre, em primeiro lugar, não confundir *distinção de funções do poder*, com *divisão* ou *separação de poderes*, embora entre ambas haja conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que a exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respetivas funções [...]. A *divisão de poderes* fundamenta-se, pois, em dois elementos: *(a) a especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; [...] *(b) independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 110-111).

6 Tais poderes exercem precipuamente as funções em que encontram simetria, porém exercem, como é sabido e notório, funções atípicas também.

7 Bruce Ackerman propõe um ensaio sobre o tema que impulsione o leitor para além dos pensamentos de Madison e Montesquieu, que, na sua opinião, apesar de serem bons escritos, não necessariamente esgotam o tema. Assim, o autor propõe um modelo cuja peça central é o parlamentarismo limitado, de uma casa e meia, em que há duas câmaras, uma democraticamente eleita, responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária, e outra consultiva. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes, que configuram a especialização funcional. Assim, há as limitações criadas por decisões do povo, que são expressas por meio de referendos sequenciais e implementadas por uma corte constitucional. Ainda, o centro é limitado por um sistema de tribunais independentes, por uma instância que escrutina o governo, visando a evitar corrupções, e outra instância regulatória, que tem como objetivo a melhoria dos resultados gerados pelos sistemas de controle. Com relação aos direitos liberais, o centro é limitado por uma instância da democracia que procura salvaguardar direitos participativos de cada cidadão e uma instância administrativa que se concentra na provisão econômica mínima dos cidadãos menos favorecidos. (ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

8 Karl Loewenstein concebe a divisão das funções do Estado da seguinte forma: "Policy determination", que seria responsável pelas decisões políticas fundamentais. Tal poder é, em geral, dividido entre o governo e o parlamento, sendo possível a participação do eleitorado posteriormente. "Policy execution", que se destina à implementação das decisões

inclusive, que o modelo tripartite de separação de poderes necessita reformulação, por não mais atender às necessidades contemporâneas[9].

No caso especifico da Constituição Federal de 1988, poder-se-ia conceber a existência de outros órgãos independentes que exercem parcela de poder estatal[10], a exemplo do Ministério Público[11], do Tribunal de Contas[12] e da Defensoria Pública[13]. A concepção de tais órgãos como independentes pode indicar a necessidade de repensar a forma tripartite de divisão de Poderes prevista no art. 2° da Constituição Federal[14]. Contudo, tendo em vista que o objeto deste estudo não é propor uma reformulação da separação dos poderes no Brasil, mas sim de estudar freios e contrapesos exercidos entre os Poderes

---

políticas tomadas, valendo mencionar que aqui, além da administração burocrática, insere-se o Poder Judiciário, pois o autor o concebe como mero implementador da decisão política. E a terceira função é a "Policy Control", que abrange os mecanismos de limitação do poder, distribuídos entres os diversos detentores de poder (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1954. p. 63-71).

9 BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público*, n. 32, p. 185-206, 2000.

10 Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que atualmente assiste-se a uma "*multiplicidade de novos órgãos constitucionalmente independentes* dotados de variadas *funções neutrais,* como as de zeladoria, fiscalização, promoção, defesa, aconselhamento e outras específicas, surgindo as Cortes de Contas, os Ministérios Públicos, os Ombudsmen, os Conselhos de Cidadãos e as Advocacias de Estado, Bancos Centrais e tantas outras, sendo que no Brasil já são identificados nada menos que *dez exemplos de funções e órgãos constitucionalizados* para o desempenho de funções que envolvem zeladoria, fiscalização, controle, promoção e defesa e consultoria de interesses juridicamente protegidos – todos apropriadamente insertos na Constituição de 1988 em *Título próprio e diferenciado,* que é o seu Título IV – Da Organização dos Poderes [...]". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia. Crise e Superação.* Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.71).

11 "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. § 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. § 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. § 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais."

12 A autonomia do Tribunal de Contas será melhor analisada no item 3.3. desse estudo.

13 "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal."

14 "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de verificar se há ou não equilíbrio entre eles, deixa-se de analisar a possibilidade de divisão das funções estatais de forma distinta da tripartite.

1.2 A evolução histórica da separação dos poderes

1.2.1 Separação social dos poderes

Embora sempre se mencione Montesquieu como o precursor da separação dos poderes, muitos filósofos já haviam pensado, ainda que não sob o formato tripartite, sobre a limitação do poder.

As palavras de Plutarco[15] parecem indicar que Licurgo teria sido o primeiro, ao menos de que se tem notícia, a discorrer sobre uma forma de equilíbrio entre os poderes. Licurgo teria vivido por volta dos anos 800 e 700 a.C., e já naquela época expôs a necessidade de criação de um Senado entre o Rei e o povo, com o intuito de equilibrar a relação entre os dois extremos[16].

Mais tarde, por volta do século IV a.C., Aristóteles, em sua obra *A Política*, trouxe novamente a questão da necessidade de limitação da concentração do poder nas mãos de um só, ao mencionar que não é justo que um rei disponha de "tudo segundo sua vontade, como senhor absoluto". Assevera, ainda, que "Pessoas existem que julgam ser contrário à natureza o fato de um só homem ser senhor absoluto de todos os cidadãos"; concluindo ser a lei o instrumento adequado para criar ordens inerentes ao poder, já que "[...] não é mais justo mandar que obedecer: convém fazer uma e outra coisa alternadamente. Tal é a lei; e a ordem é a lei. É melhor, pois, que seja a lei que ordene, antes que o faça um cidadão qualquer"[17].

É imprescindível anotar que tanto em Licurgo como em Aristóteles surge a noção de divisão de poderes entre as diversas estratificações sociais, o que Nuno Piçarra conceituou

---

15 Alguns, ainda, afirmam que a ideia de Licurgo foi trazida por Políbio, e não por Plutarco (vide a obra de FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. II, p. 117).

16 "Licurgo, portanto, tendo colocado entre os reis e as pessoas um Conselho de Senadores, que era como um feixe forte, que detinha esses dois extremos em balanças equlibradas, permitiu força às duas partes para tornar o estado da *Commonweal* forte. Os 28 senadores (que formavam o corpo do Senado), tomaram partido do Rei, em alguns momentos, quando foi necessáro conter a fúria do povo, por outro lado, estiveram algumas vezes ao lado do povo, para refrear seu governo tirânico". (tradução nossa)

"Lycurgus therefore placed between the Kings and the people, a Council of Senators, which was as a strong beam, that held both these extremes in an even balance, and gave sure footing and ground to either part to make strong the state of the Commonweal. For the 28 Senators (which made the whole body of the Senate) took sometime the King's part, when it was needful to pull down the fury of the people: and contrariwise, they held sometimes with the people against the Kings, to bridle their tyrannical government" (WOOTTON, David. *Liberty, metaphor, and mechanism*: "checks and balance" and the origins of modern constitutionalism. Liberty and american experience in the Eighteenth Century. Indianapolis: Liberty Fund, 2006). Disponível em: <http://www.constitution.org/lg/check_bal.htm>. Acesso: 03-out. 2017.

17 ARISTÓTELES. *A política.* 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 113.

como “constituição mista”[18]. Tal divisão de poder entre as diferentes camadas sociais seria o germe que mais tarde desenvolveria a separação de poderes entre os diversos órgãos que compõem o Estado.

De fato, o que Aristóteles sugeriu, na verdade, foi a divisão do exercício do poder político entre diversas classes sociais, em particular entre ricos e pobres, de forma que não fosse exercido exclusivamente por uma das classes ou grupos sociais. Assim, o governo ideal, na sua concepção, seria aquele em que os vários grupos ou classes sociais participassem do exercício do poder político, ou aquele em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, fosse comum a todas[19]. Para Aristóteles, pois, não estava em primeiro plano a organização político-formal do Estado, mas sim o equilíbrio entre as forças sociais atuantes.

Nuno Piçarra, ao tratar do tema, afirma ser, na visão de Aristóteles, a melhor Constituição aquela que resulta da “mistura da forma de governo dos ricos – oligarquia – com a forma de governo dos pobres e das pessoas pouco afortunadas – democracia”[20], de modo que, somente assim, com um poder formado pela pluralidade social, seria possível a existência de uma boa forma de governo.

Vê-se que é essa, inicialmente, inclusive, a ideia de separação de poderes na Inglaterra, que tem em sua estrutura o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns.

Ensina, mais uma vez, Nuno Piçarra que a “constituição mista” foi um esquema constitucional com o objetivo de garantir uma forma de governo cujo substrato seria composto pelas potências rei, nobreza e representantes do povo. Essa composição, vale observar, não nasceu da exigência de dividir o poder unitário do Estado, que era uma prioridade, mas sim como uma exigência que permitisse compor numa só unidade política as diversas ordens ou estados preexistentes[21].

1.2.2 Separação orgânica dos poderes

A separação dos poderes da forma como concebida hoje reflete a noção, como já explicitado, de divisão de órgãos que compõem o poder uno e indivisível aos quais são atribuídas as diversas funções do Estado, é dizer, há uma gama de atribuições estatais – distinção material das funções – que são atribuídas a diferentes órgãos ou grupos de órgãos representativos do Estado, com vistas à manutenção de um equilíbrio entre eles.

---

18 PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

19 PINTO, Guilherme Newton do Monte. *A reserva de jurisdição*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

20 PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 34.

21 PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 34.

Tal concepção construiu-se ao longo da história e surgiu em vista da necessidade de se assegurar o direito à liberdade dos cidadãos em face da máquina estatal, evitando-se o abuso por parte dos governantes[22], estreitamente associada à ideia do *rule of law*, e não com o intuito de manter o Estado como unidade política unitária.

Já em Aristóteles podemos encontrar alusão à separação dos poderes, embora o conceito da forma como hoje conhecido tenha demandado uma longa caminhada histórica. De fato, além de ser citado como um dos precursores da separação social do poder – divisão de poder entre as diversas classes sociais –, o filósofo já antevia, igualmente, noção de separação de poderes da forma como conceituada. É o que se vê quando o autor distingue três elementos da cidade, sendo uma

> [...] encarregada de deliberar sobre os negócios públicos (função de deliberativa a ser exercida pela assembleia de cidadãos sobre determinados assuntos, como decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las); a segunda é a que exerce as magistraturas (entenda-se aqui a aplicação das deliberações, ou seja, o Poder Executivo) [...]. A terceira é a que administra a justiça[23].

Dá notícia, ainda, Dalmo de Abreu Dallari, de que por volta do ano 1324, no século XIV, a obra "Defensor Pacis", de Marsílio de Pádua, já trazia a distinção entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ao asseverar a existência de uma oposição entre o povo, que ele chama de *primeiro legislador*, e o príncipe, a quem atribui função executiva[24].

Nos idos do século XVI, Maquiavel ensina que na França já se encontravam três Poderes distintos: o Legislativo (Parlamento), o Executivo (o rei) e um Judiciário independente. E, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari, o próprio Maquiavel louva essa organização porque permitia uma maior liberdade e segurança ao rei (não ao povo, em função do qual, como se verá, firmou-se definitivamente a separação de poderes)[25].

Luiz Pinto Ferreira informa, contudo, que o *Instrument of Government* de Cromwell, datado de 1653, foi a primeira tentativa discriminadora dos poderes realizada na sociedade ocidental, por meio da noção de equilíbrio de poderes[26].

De qualquer modo, é sem dúvida em Locke que as ideias referentes à separação dos poderes, como forma de assegurar as liberdades individuais, atingiram seu auge.

Com efeito, Locke sistematiza a necessidade de contenção do absolutismo pela instituição do *rule of law*, o que foi propiciado pelo momento histórico da Inglaterra, que

---

22 Eduardo Garcia de Enterria afirma que a divisão dos poderes foi concebida como técnica operativa de limitação do poder, para garantia da liberdade. (ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional.* 3.ed. Madrid: Civitas, 1988, p.45).

23 ARISTÓTELES. *A política.* 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 148.

24 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* São Paulo: Saraiva, 2006. p. 218.

25 Ibidem

26 FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. II, p. 117.

viveu, no século XVII, grave crise política e religiosa, envolvendo disputas de poder entre o Parlamento e o Rei, condição prévia e essencial para a instalação da separação dos Poderes.

A crise religiosa iniciou-se com Henrique VIII. Em 1534, o monarca da Inglaterra rompeu com a Igreja Católica, que o havia proibido de se separar de sua esposa, Catarina de Aragão, para casar-se com Ana Bolena. Ao romper com a Igreja e ser excomungado, o Rei passou a exercer a função de Chefe da Igreja, além daquela já antes exercida, de Chefe de Estado.

Com a instituição do Anglicanismo e o rompimento com a Igreja Católica, outras formas de Protestantismo começaram a surgir na Inglaterra. Dentre elas, destaca- se o calvinismo, que, por pregar que as classes capazes de acumular riquezas eram predestinadas à salvação, angariou grande parte da burguesia inglesa. Tal corrente protestantista fazia oposição ao Anglicanismo, o que acirrou a oposição entre Rei e Parlamento, já que grande parte deste simpatizava com os ideais calvinistas[27].

Além da questão religiosa, é importante notar que o Rei, até o reinado de Jaime I (1623-1625), sempre foi concebido como a parte principal do Parlamento, dotado de supremacia com relação aos membros das casas legislativas, revelando-se a atividade independente do legislativo muito excepcional (*King in Parliement*). Tal fato passou a incomodar os membros do Parlamento, que iniciaram uma reinvindicação por maior influência na tomada de decisões.

Embora o rei Jaime I, fundamentando seu poder no direito divino, quisesse impor seu poder sobre o Parlamento, rebaixando este a seu mero conselho e colocando sua vontade acima da lei, os juristas do *Common Law*, com assento no Parlamento, defendiam que o Rei estava submetido às leis como qualquer outra pessoa, incluindo seus autores.

Tal disputa resultou em vitória parcial do Parlamento, que conseguiu certa independência com a assinatura da Petição de Direito (*Petition of Rights*), imposta por Oliver Cromwell[28] ao sucessor de Jaime I, Rei Carlos I, mais tarde decapitado.

A Petição de Direitos traduziu importante vitória do Parlamento e a conquista de certo grau de independência diante do Rei, já que reafirmou os princípios da supremacia da lei, da necessidade de conformidade das medidas políticas do Rei com o Direito vigente, os direitos de liberdade e propriedade dos súditos perante a prerrogativa real e a possibilidade de defesa de qualquer acusado em processo jurídico regular[29].

---

27 Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=186>. Acesso: 13-set. 2017

28 Oliver Cromwell era um militar que mais tarde se tornou membro do Parlamento, figura essencial na liderança das guerras civis religiosas na Inglaterra, foi *Lord Protector* da Comunidade da Inglaterra, Irlanda e Escócia, entre os anos de 1653 e 1658, posteriormente à deposição e decapitação de Carlos I. Após sua morte, seu filho Richard tentou continuar sua liderança, porém sem sucesso, de modo que o Rei Carlos II voltou ao trono.

29 PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 47.

A luta pela instituição definitiva do *rule of law*, condição essencial para o surgimento das teorias sobre a separação dos poderes, contudo, não havia terminado.

Após a deposição de Richard Cromwell, com o estabelecimento de Carlos II no trono inglês, tentou-se restaurar a monarquia na Inglaterra, visando à concentração do poder político nas mãos do rei, com a finalidade de evitar tumultos sociais que radicalizassem o processo revolucionário britânico.

Em 1685, o rei Carlos II faleceu e seu irmão, Jaime II, sendo católico, tomou medidas que favoreciam esse grupo, como a isenção de impostos e a outorga de cargos políticos de importância. Vislumbrando traços de concentração de poder e de autoritarismo no exercício do reinado, o Parlamento fez-lhe violenta oposição, que veio a culminar na pacífica Revolução Gloriosa, com a deposição do Rei Jaime II, que fugiu para a França (onde reinava a monarquia absolutista de Luiz XIV), e a ascensão de Guilherme de Orange, governador das Províncias Unidas (Holanda) e marido de Maria Stuart (filha de Jaime II).

O novo Rei inglês, adepto dos ideais liberais, aceitou, previamente à assunção ao trono, reconhecer o Ato de Tolerância (estabelecia liberdade religiosa a todos os cidadãos cristãos, exceto os católicos) e o *Bill of Rights*[30], documento que, de uma vez por todas, permitiu ao Parlamento ascender como verdadeiro poder e consagrou o governo da lei. Em tal documento ficou estabelecido, dentre outros, que a eleição dos membros do Parlamento seria livre e que a liberdade de palavra e discussão no Parlamento não poderia ser contestada em qualquer tribunal, bem como que o rei não possuía o poder de revogar as leis editadas pelo Parlamento ou de impedir sua execução. Nesse mesmo documento foram proibidas as exigências de fianças excessivas, como condição para que alguém fosse processado em liberdade, e a imposição de penas cruéis.

Submetido à irradiação dos ideais precedentes, de que o Rei não pode impor sua vontade ao Parlamento, John Locke teria, dois anos mais tarde, desenvolvido sua tese de divisão de funções no *Segundo Tratado Sobre o Governo*, publicado em 1690. Locke exalta a necessidade de separação das funções estatais com vistas à preservação da propriedade e, curiosamente, não distingue três funções, mas duas, a de legislar e a de aplicar a legislação.

Para Locke, os indivíduos saem do estado de natureza para receber proteção do Estado politicamente organizado. Ao aceitar fazer parte de um Estado, o indivíduo abre mão de sua liberdade em prol do desfrute do direito de propriedade com segurança. Para ele, essa proteção é feita por meio do Poder Legislativo, que, ao deliberar determinada lei, deve sempre buscar o bem geral da sociedade e também obriga aos governantes. Assim, para o autor, as funções estatais podem ser divididas entre a elaboração de leis e a execução/aplicação de leis[31]. A primeira cabe ao Poder Legislativo e a segunda,

---

30 Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>.

31 Em interessante artigo publicado na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Carlos Roberto Siqueira Castro

aos Poderes Executivo (a quem cabe a execução das leis da sociedade) e Federativo (responsável pela gestão da segurança e do interesse da comunidade fora desta)[32], que devem ser exercidos pela mesma pessoa para evitar desordens e desastres. Importante notar que Locke não fala sobre a função de julgar[33].

De qualquer modo, vale anotar que a divisão apresentada traz uma supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo, refletindo os ideais revolucionários presentes na Inglaterra no século XVII, conforme exposto, já que o Legislativo é responsável pela edição de leis que tragam segurança aos indivíduos, sendo limitado pelo bem comum. Apesar de sua maior preocupação ser a limitação do poder com relação aos indivíduos e, especificamente, com relação à propriedade, ele não deixa de mencionar a existência de mecanismos de controle de um poder sobre o outro. É o que se vê quando o autor assevera que, "[...] embora o Poder Legislativo confie a execução das leis a outras mãos (executivo) guarda para si o poder de retomá-lo, se houver motivo e de punir uma má administração das leis"[34]. Ou, ainda, quando afirma que o Poder Executivo tem o poder de convocar e dispensar o Legislativo a título de encargo fiduciário atribuído para a segurança do povo.

Todas essas influências atingiram seu ponto culminante na obra de Montesquieu, *De L'Esprit des Lois*, especificamente em seu capítulo VI, Livro XI, famosa nesse ponto, sobretudo pela passagem a seguir:

> Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.
>
> Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo, ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos.

---

afirma compartilhar da visão segundo a qual as funções do Estado são de duas espécies tão somente: a de criar e a de aplicar a legislação. Cita-se interessante excerto a esse título: "Vale reparar, com efeito, que a especialização funcional da soberania em três Poderes distintos e independentes não corresponde a diferenças ontológicas entre as funções ditas legislativa, executiva e judicial. É que, a rigor, o poder estatal exerce-se em apenas duas direções fundamentais, sendo uma no sentido da *criação ou modificação* do direito (função normativa) e a outra no sentido da aplicação do direito (função de execução), que a doutrina norte-americana, com inteira procedência, distingue entre *rule making* e *law enforcement*. Queremos dizer com isso que, em essência, as funções jurisdicionais e administrativas são indistintas, posto que ambas se propõem à aplicação concreta do direito positivo, ou dos princípios e valores dele emergentes, não tendo por finalidade precípua a criação da *norma agendi*, isto em que pese o maior ou menor índice de subjetividade que subjaz a atividade de interpretar e aplicar as regras abstratas ou legisladas" (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 31, p. 57-73, abr.-jun. 2000).

32 Repare que Locke identifica duas funções, a de criar e de aplicar a lei, separadas entre três poderes, o Legislativo, a quem cabia a primeira, o Executivo e o Federativo, aos quais competia a segunda. Esse arranjo apenas confirma as palavras de Pontes de Miranda acima, no sentido de que não necessariamente a distinção de funções corresponde perfeitamente aos órgãos que as executam, bem como comprova que o arranjo não é estanque, conforme já se falou adrede.

33 Há quem defenda a existência de uma quarta função no pensamento de Locke: a prerrogativa, que é o poder concedido ao rei de realizar o bem público sem se subordinar às regras do Legislativo. Nesse sentido, Sahid Maluf. (MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 210).

34 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo.* São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 91.

Chamaremos este último de poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado[35].

O filósofo identificou a necessidade de não existir junção entre os poderes, no que tange ao poder de julgar e ao Poder Legislativo e Executivo, ao asseverar que não haveria liberdade se o poder de julgar não estivesse separado do Poder Legislativo e do Executivo. Afirma que, se o poder de julgar estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador; e, ainda, se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor[36].

É interessante notar que, embora Montesquieu entenda existir um Poder Judiciário com a função de julgar as querelas dos indivíduos e punir crimes, parece compartilhar do entendimento de Locke, no sentido de que apenas existem dois poderes efetivamente, aquele que cria a lei e aquele que aplica a lei, já que o Poder Judiciário é um "Poder Executivo" do direito civil. Ainda que o tenha separado, posteriormente, em sua obra, a primeira vez em que menciona o Poder Judiciário trata-o como Poder Executivo. E, a despeito de lhe ter atribuído nomenclatura própria, trata seus membros como poder "invisível e nulo"[37], nada mais do que "boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor"[38].

Por fim, cabe anotar, como em Locke, que Montesquieu elabora sua teoria com o mesmo intuito, já que, para ele, a finalidade da divisão proposta é prevenir a tirania, a arbitrariedade e a opressão, uma vez que sem essa divisão não haverá liberdade dos cidadãos[39].

Já o Poder Legislativo, ainda visto sob o enfoque de Montesquieu, deve ser exercido, em parte, pelo povo e, em parte, pela nobreza, cada um proporcionalmente às vantagens que tem perante o Estado e por intermédio de representantes aptos a discutir os interesses públicos, relembrando aqui traços da "constituição mista", que prega a divisão de poderes entre as diversas estratificações sociais.

A contribuição de Rousseau, em sua obra *Do contrato social*, deve ser aludida quando o tema é separação de poderes. Por ser um filósofo contratualista, também acreditava que o indivíduo, ao sair de seu estado de natureza e se associar, busca no Estado a autoridade legítima que lhe dá segurança e ao mesmo tempo lhe permite ser livre como no estado de natureza. Cada membro da sociedade aliena, assim, seus direitos à comunidade, colocando-se sob a direção da vontade geral. Com o objetivo de assegurar a manutenção da vontade geral e da liberdade, é necessária a existência de duas funções do

35 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973. p. 156-157.

36 Ibidem, p. 157.

37 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973. p. 157.

38 Ibidem. p. 160.

39 "[...] a liberdade política, em um cidadão, é essa tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança, [...] para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão" (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973. p. 157).

Estado, que devem ser exercidas separadamente, a executiva e a legislativa[40].

Para Rousseau, assim como para Locke, existe uma superioridade da função legislativa, já que esta representa a vontade geral do povo. A lei materializa essa vontade, daí ser uma função superior. A representação da vontade geral na lei tem como objetivo único, em sua visão, assegurar a liberdade e a igualdade. Desse modo, justifica- se a superioridade do Poder Legislativo cuja produção é o meio de assegurar que a vontade do povo seja respeitada, e, consequentemente, é o meio de assegurar a liberdade e a igualdade, com vistas à necessária limitação do poder em benefício dos soberanos (povo).

A despeito de sua teoria ter sido criada com vistas a consolidar mais poderes na mão do rei, não se pode deixar de mencionar, quando se fala em separação de poderes, a criação de Benjamin Constant: o poder neutro ou real, mais tarde adotado pela Constituição do Império, de 1824, sob a nomenclatura de Poder Moderador.

O quarto poder, ou poder "neutro" ou "real", foi acrescentado à concepção tripartida do poder, justamente com o intuito de aprimorar o arranjo proposto por Montesquieu, já que, na visão de seu criador, os arranjos institucionais até então concebidos não haviam sido eficientes a ponto de impedir entrechoques e bloqueios no funcionamento do que ele chama de "engrenagens do poder"[41].

Desse modo, Constant elaborou a teoria do poder real ou neutro, que é responsável por equilibrar os outros poderes, ao manter a independência dos poderes entre si e do povo. Assim, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são independentes entre si e ativos, já o rei detém o poder neutro, capaz de ajustar os outros poderes quando estes desregulam. O poder neutro é uma força externa aos três Poderes, que será aplicada para preservá-los e repará-los, de modo a garantir que os poderes atuem sempre em cooperação. Trata-se de poder intermediário, concebido com a finalidade de encontrar o equilíbrio, posicionado entre os poderes e acima deles, autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária[42].

Finalizando esse primeiro item, quer-se esclarecer que há, atualmente, outras formas de classificação da separação dos poderes. Assim, sabe-se da existência da classificação segundo a qual divide-se a separação dos poderes em separação horizontal, que seria equivalente àquela que se vem de estudar, é dizer, a separação interorgânica do poder de acordo com as funções; a separação social dos poderes, que designa a divisão de

40 Rousseau distingue a função legislativa da executiva, sendo a primeira a "vontade" e a segunda a "força".

41 "O vício de quase todas as Constituições foi não ter criado um poder neutro, e sim ter posto a soma de autoridade de que este deve ser investido num dos poderes ativos. Quando essa soma de autoridade se viu reunida à potência legislativa, a lei, que devia se estender apenas a determinados objetos, estendeu-se a tudo. Houve arbítrio e tirania sem limites. Daí os excessos das assembleias do povo nas repúblicas da Itália, os do longo parlamento, os da convenção, a certas épocas da existência deles. Quando a mesma soma de autoridade se viu reunida ao poder executivo, houve despotismo. Daí a usurpação que resultou da ditadura em Roma" (CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 205).

42 GHELERE, Gabriela Doll. *A liberdade individual para Benjamin Constant.* 2008. 80 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

poderes entre os diversos agentes e grupos sociais, vista no subitem 1.1.2.1;[43] a separação temporal dos poderes, traduzida pela necessidade de limitar-se temporalmente o exercício de poderes pelos agentes públicos; e, por fim, fala-se, ainda, em separação vertical de poderes, que teria funcionalidade em estados federais, já que implica uma distribuição de competências entre os diversos entes da federação, que são núcleos distintos de poder[44].

1.3 Exemplo francês – a Constituição de 1791

O princípio da separação dos poderes foi pela primeira vez proclamado, de modo solene, como dogma político fundamental da organização constitucional dos estados, na Constituição norte-americana de 1787[45], posteriormente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789[46], e também na Constituição Francesa de 1791[47].

Para a compreensão da forma como a separação dos poderes foi concebida na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Constituição de 1791, é importante compreender o contexto histórico em que ela se deu.

Como se sabe, previamente à Revolução Francesa, a França foi alvo de uma monarquia extremamente tirânica e arbitrária, em que o poder estava concentrado nas mãos do monarca absoluto.

Nesse regime político, a liberdade dos indivíduos estava subordinada às leis fruto da vontade do rei, que as executava à sua maneira. A maior personalização dessa realidade foi Luiz XIV, o Rei Sol, conhecido pela famosa auto intitulação "L'État c'est moi".

Com as teorias de Rousseau, que concebia a lei como representante da vontade geral e do bem comum, sendo o povo o titular da soberania, bem como de Montesquieu, acerca da tripartição de Poderes como forma de assegurar ao indivíduo sua tranquilidade e sua liberdade, preparou-se o terreno para a Revolução Francesa e para a adoção da separação de poderes como dogma constitucional na luta contra o absolutismo.

A Constituição Francesa levou a teoria ao seu extremo, em seu grau máximo de pureza e rigidez, prevendo um isolamento entre as diversas funções, que eram altamente especializadas nos seus misteres, divididas entre seus respectivos órgãos.

---

43 Apenas ressalte-se, em vista da evolução das sociedades desde o momento em que tal teoria foi desenvolvida, o surgimento de outros agentes que atuam na sociedade, como a mídia, as associações, partidos, que também compartilham desse poder em conjunto com as diversas classes sociais.

44 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional.* 20.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 1, p. 177.

45 O artigo I trata das atribuições do Poder Legislativo; o artigo II, das atribuições do Executivo; e o artigo III, daquelas atribuídas ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores--%C3%A0- cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao- dos--estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso: 14- jun. 2016.

46 "Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

47 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão faz parte da Constituição Francesa de 1791 e se encontra antes do seu texto. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil- constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-791.5082.html>. Acesso: 14 jun. 2016.

Tal organização foi concebida como instrumento cujo escopo era evitar qualquer ingerência ou confusão de atribuições entre eles, de modo a evitar o máximo possível a cumulação ou concentração de poderes em um órgão só. Esse isolamento das três funções deu-se justamente em decorrência do forte absolutismo que lá pairou e, sobretudo, da necessidade de o Poder Legislativo, como representante da vontade geral, não sofrer qualquer tipo de ingerência dos demais Poderes[48].

Ensina Max Moller, em seu trabalho *As dimensões do princípio da separação dos poderes*, que

> [...] da consagração de uma supremacia legislativa, a concepção de separação rígida entre os poderes defende uma total separação no exercício de suas atividades próprias, de forma que nenhum deles poderá interferir nas relações tomadas pelos demais. Essa vedação a qualquer interferência entre os poderes, além de deixar livre o legislador de qualquer possibilidade de veto ou controle de constitucionalidade, permitia que o Poder Legislativo mantivesse sua posição de supremacia, a partir do condicionamento dos demais poderes através da "lei", único instrumento a coordenar todas as funções do Estado legislativo, ao qual deviam total obediência, tanto o Estado, como os cidadãos. No caso do condicionamento dos Poderes Executivo e Judiciário à lei, este é alcançado por meio de uma concepção rígida do princípio da legalidade e da subsunção como única forma de interpretação, respectivamente[49].

É importante anotar, ainda, que naquela época, na França, havia grande desconfiança com relação ao Poder Judiciário, já que durante muito tempo seus membros foram braços estendidos do rei. Note-se que, no tempo das revoluções, o termo "magistrado" era usado tanto para referir-se ao monarca como para fazer alusão aos juízes itinerantes do rei, que mais tarde viriam a se tornar o Poder Judiciário. Além disso, havia grande proximidade política e institucional entre a pessoa do rei e a dos juízes, já que a execução da lei e sua aplicação eram tarefas quase indistintas.

Por ter sido instituída uma especialização de funções bem delimitada entre os diversos Poderes, e em razão de o Poder Legislativo ter sido concebido como supremo, não havia a previsão da figura do veto como mecanismo de controle do Executivo sobre o Legislativo e também inexistia a figura do controle de constitucionalidade, já que o Judiciário não poderia ter qualquer ingerência sobre a produção legislativa, que representava a vontade geral.

Verifica-se, nesse quesito, uma importante diferença entre as contemporâneas Constituições Norte-Americana de 1787 e Francesa de 1791, pois, diferentemente da segunda, a primeira, como se verá adiante, distribuiu as funções entre os órgãos de forma

---

48 É interessante notar, a esse título, que o art. 1º do Capítulo II – Do Exercício do Poder Legislativo prevê em sua cabeça que "A Constituição delega *exclusivamente* ao Corpo Legislativo os poderes e funções que seguem".

49 MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes*. [S.I. s.n]. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf>. Acesso: 28- jun. 2016.

a criar uma interdependência entre eles, por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, permitindo, assim, que um poder pudesse equilibrar os excessos cometidos pelo outro.

2 I FREIOS E CONTRAPESOS

Nos itens anteriores, analisou-se a separação dos poderes, bem como o exemplo da Constituição Francesa de 1791, que a levou ao seu grau máximo. Nos itens subsequentes, serão analisados os mecanismos de freios e contrapesos, que nada mais são do que o aprimoramento da separação pura dos poderes, seguidos da análise da Constituição Norte-Americana de 1787, que incorporou tais mecanismos.

2.4 Histórico e considerações sobre a terminologia

É difícil precisar quando houve o surgimento dos mecanismos de freios e contrapesos. Embora se atribua aos norte-americanos o mérito de tê-los integrado à Constituição de 1787, após a publicação dos artigos que compõem *O Federalista*, já se via alguns traços desses mecanismos em Montesquieu.

Com efeito, Montesquieu, além de identificar a existência de três Poderes, foi mais longe, antecipando a teoria dos *checks and balances* ao mencionar a necessidade de controle de um poder sobre o outro. Identificou que a manutenção pela mesma pessoa ou pelo mesmo órgão ("corpo de magistratura"[50], na redação original) das atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo retira a liberdade do cidadão, pois o mesmo titular do poder que cria leis, pode executá-las e essas podem ser tirânicas. Com o intuito de estabelecer mecanismos de controles recíprocos entres esses dois Poderes, Montesquieu menciona a participação do Poder Executivo na elaboração da legislação por meio do direito de veto[51], bem como a possibilidade de o próprio Legislativo examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas (controle sobre o Poder Executivo) e, inclusive, exercer controle sobre si próprio, por meio da existência de duas partes legislativas separadas, as quais teriam a faculdade de impedir uma a outra[52].

Antes ainda de os ideais de Montesquieu tornarem-se públicos, Bolingbroke teria elaborado alguns trabalhos decisivos, como a *Dissertation upon Parties* (1734) e a *Idea of a Patriot King* (1738), utilizando-se, pela primeira vez, de expressões como "freios recíprocos", "controles recíprocos", "retenções", "reservas recíprocas", que foram essenciais para a construção da concepção do tríplice contrapeso e do *equilibrium of powers*[53], sendo, por

50 "O mesmo corpo de magistratura tem, como executor das leis, todo o poder que, como legislador, ele se atribuiu. Pode devastar o Estado com suas vontades ferais e, como possui também poder de julgar, pode destruir cada cidadão por suas vontades particulares" (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973. p. 157).

51 "O Poder Executivo, como o dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas" (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973, p. 161).

52 "O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisaria a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será por sua vez, pelo poder legislativo" (Ibidem).

53 FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

isso, considerado por Schmitt como o autor da doutrina do equilíbrio dos poderes.

Além da digressão histórica sobre os freios e contrapesos, cabe indagar sobre a origem da terminologia "freios e contrapesos". Apesar de as duas expressões serem utilizadas sempre de forma conjunta, parece interessante indagar sobre a origem de cada uma delas, separadamente.

Nesse aspecto, notável trabalho foi realizado por David Womersely[54], que procedeu a um profundo estudo histórico dos textos que tratam do tema. Segundo o autor do artigo *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*, a terminologia *check and balances* foi utilizada bem antes de serem publicados os artigos de *O Federalista*, demonstrando que tanto *checks* como *balances* são noções bem mais densas do que a forma como hoje são apresentadas[55].

Das duas expressões, *balances*, traduzida para o português como "contrapesos", seria a mais antiga e, conforme exposto no item 1.2.1.2, foi utilizada pela primeira vez por Políbio, ao citar Licurgo, quando mencionou a necessidade de que entre o Rei e o Povo houvesse um Senado, que equilibraria os poderes entre os dois opostos. A ideia inicial, portanto, de equilíbrio e de balança dos poderes, parece ter origem na mesma ideia que concebeu a necessidade de equilibrar o poder entre as diversas forças sociais, é dizer, na ideia de "constituição mista", supra referida[56].

1971. t. II, p. 118.

Nuno Piçarra também nos dá notícia das palavras de Bolingbroke, ao citar sua obra *The Craftman*, vol. III, p. 85 e 87: "A dependência constitucional [...] consiste nisso: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. [...]. Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência" (PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 86).

54 WOMERSELY, David. *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1727>. Acesso: 27- nov. 2016.

55 O autor do texto dá notícia de que os Representantes do *New Model Army* alegaram que as Forças Armadas eram um *check and balance* em 1647. Nedham escreveu a expressão *balance or check* em 1654; Toland usou a expressão *check and balance* em 1701; e o Governador Morris também o fez em 1776. Contudo, a frase realmente veio a se popularizar em 1787, por John Adams, na abertura das páginas do *Defence of the Constitutions of the United States.* No mesmo ano, tanto John Brooks quanto Noah Webster usaram a expressão *checks and balances*; e *balances and checks* e ela também apareceu no *O Federalista* naquele inverno.

56 No mesmo sentido, afirmam Eduardo Cambi e Diego Nassif, ao asseverarem que: "Mesmo que Montesquieu seja o nome mais lembrado em relação à noção de separação de poderes, teria sido Políbio, na sua leitura sobre o governo de Licurgo, o primeiro a relatar a ideia de equilíbrio tensional entre diferentes facções institucionais unidas sob uma mesma matriz governamental. Contudo, foram os iluministas que cuidaram de enriquecer as metáforas do discurso político-filosófico da antiguidade com o raciocínio mecanicista vigente em meio aos séculos XVII e XVIII, criando uma nova linguagem política, pela qual se permitiu avançar para a dinâmica das relações de poder: – não só como a degeneração cíclica das formas puras, tal como referido por autores da antiguidade, mas internamente, nas formas mistas, elaboradas para se evitar tais degenerações e instituir um governo perpétuo.

Na sua origem suposta, com Licurgo, o governo misto previa apenas um contrapeso entre diferentes instâncias de decisão, um rei, um senado e uma assembleia, criando uma situação tensional cuja solução só seria obtida por meio do consenso. Políbio se utiliza da figura da galé com remadores em ambos os lados, criando um equilíbrio tensional que impulsiona a embarcação para frente – e não em círculos" (CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição

Trazendo tal conceito, mais tarde, para dentro da concepção tripartite do Poder, que diz com uma divisão orgânica do poder, e não social (entre estratificações, como prega a constituição mista), o conceito de *balances* estaria atrelado à ideia de um poder equilibrado entre as três funções, legislativa, judiciária e executiva, de modo que, ainda que em determinados casos determinada função se sobreponha a outra, por conta dos *balances* (contrapesos), a balança tripartite de Poderes não se desequilibraria.

Ainda, segundo o autor, os *checks* podem ser representados, de acordo com a pesquisa histórica efetuada, por três conceitos distintos, porém próximos em suas concepções, sendo um deles (i) o impedimento de uma ação, um veto, vale dizer, a prerrogativa de neutralizar uma atitude tomada por outro poder; ou, conforme Bolingbroke, (ii) a possibilidade de exercer controle sobre outro poder, ou, ainda, (iii) a possibilidade de interromper ou retardar determinado ato a ser praticado por outro poder.

Por sua vez, a mais conhecida obra acerca do tema, *O Federalista*, debruçou- se especificamente sobre os mecanismos de freios e contrapesos no artigo 51 – *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*.

Ao fazer alusão à palavra *check*, traduzida como "freio", associa-a à necessidade de se criar um arranjo institucional de forma que cada um dos Poderes disponha de mecanismos que cumpram a função de um freio sobre determinadas atribuições de titularidade de outro poder, visando a evitar abusos. Tal teoria, de acordo com o artigo 51 de *O Federalista*, encontra fundamento na essência do ser humano, já que o homem tende a abusar do poder quando o tem; e, sendo o poder comandado por homens, deve-se lhe aplicar o mesmo raciocínio, impondo a cada um dos poderes, mecanismos que permitam evitar, reciprocamente, os abusos de cada um deles[57]. Daí, a conclusão óbvia de que a

---

constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012).

57 "O interesse do homem deve estar relacionado com os direitos constitucionais do lugar. Pode ser uma reflexão sobre a natureza humana que tais dispositivos devem ser necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários controles externos ou internos sobre o governo. Ao enquadrar um governo que deve ser administrado pelos homens sobre os homens, a grande dificuldade reside nisso: primeiro você deve permitir ao governo controlar os governados; e em segundo lugar, obrigar-se a controlar-se. A dependência das pessoas é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo. Mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares.

Esta política que fuciona à base de interesses opostos e rivais, a falta de melhores motivos, pode ser vista em outros campos de relacionamentos humanos, tanto na esfera privada, como na pública. Nós a vemos particularmente exposta em todas as distribuições subordinadas de poder, onde o objetivo constante é dividir e organizar várias tarefas de tal maneira que cada uma possa ser um controle sobre a outra – que o interesse privado de cada indivíduo possa ser um sentinela sobre os direitos públicos. Essas invenções de prudência não podem ser menos necessárias na distribuição dos poderes supremos do Estado." (tradução nossa).

"The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the

estrutura interna do governo deve ser tal que suas diversas partes constituintes possam, por suas relações mútuas, ser os instrumentos que mantenham cada uma delas em seus próprios lugares[58].

Todavia, pondera o autor que, como não é possível dar a cada um dos Poderes armas de autodefesa de mesmo porte, é necessário distribuir, dentro do que for possível, a tomada de decisão por determinado Poder entre os demais Poderes, de modo a criar certa dependência entre eles. Tudo indica, da apreensão dessas ideias, que estes são os contrapesos[59].

Karl Loewenstein, ao tratar do tema do controle político, também aponta para a diferença entre o que denomina "a distribuição do poder político" e "o controle do poder político". Pelo primeiro, um ato político "[...] só será eficaz quando diversos detentores do poder participarem e cooperarem para sua realização"[60], e aqui traz o exemplo da necessidade de aprovação do Senado de uma nomeação do Presidente. Já o segundo seria técnica de controle de poder autônoma, vale dizer, que não depende da cooperação de outro poder, mas pode ser tomada de forma independente, impedindo a realização de um ato estatal, dá o exemplo do veto e controle de constitucionalidade das leis[61].

Partindo das considerações *supra*, pode-se afirmar que os contrapesos seriam formas de contrabalancear, equilibrar as decisões de determinados Poderes sobre determinados assuntos, dentro de suas competências, por meio da participação dos outros Poderes na tomada dessa decisão, sem que tal medida tenha o condão de neutralizar a decisão, mas simplesmente de torná-la mais democrática (equilibrada), permitindo a participação dos demais. Já a prerrogativa de neutralizar determinado ato de um Poder, sem a participação

---

governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions. This policy of supplying, by opposite and rival interests, the defect of better motives, might be traced through the whole system of human affairs, private as well as public. We see it particularly displayed in all the subordinate distributions of power, where the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other—that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights. These inventions of prudence cannot be less requisite in the distribution of the supreme powers of the State" (*The Federalist*, Madison, n. 51, 1788, p. 268-269. Disponível em: < http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>. Acesso: 03-out. 2017).

58 MACHADO, Mario Bockmann. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 9, p. 81-86, Out.-Dez.1994.

59 "Mas não é possível dar a cada departamento um poder igual de autodefesa. No governo republicano, a autoridade legislativa predomina necessariamente. O remédio para esse inconveniente é dividir a legislatura em diferentes ramos; para torná-los, por diferentes modos de eleição e diferentes princípios de ação, tão pouco conectados entre si, como a natureza de suas funções comuns e sua dependência comum da sociedade [...]" (tradução nossa).

"But it is not possible to give to each department an equal power of self-defense. In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society (…)" (*The Federalist*, Madison, n. 51, 1788. Disponível em: < http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist- 51.php . Acesso: 03-out. 2017).

60 "sólo será eficaz cuando diversos detentadores del poder participan y cooperan em su realización" (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1954. p. 69-70.)

61 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1954. p. 69-70.

dos demais, estaria representada pelos freios.

Tome-se, a título de exemplo de contrapesos, a possibilidade de o Executivo ou, ainda, o Judiciário ter, com relação a determinados assuntos, iniciativa de lei. A deliberação e aprovação do texto legal cabe, precipuamente, ao Poder Legislativo. No intuito de pulverizar, distribuir, equilibrar, balancear esse poder, foi permitido a outros Poderes participar desse processo, mediante a iniciativa de lei, que cria para o Legislativo, com relação a determinadas matérias, certa dependência dos demais. Por sua vez, freio seria a prerrogativa de neutralizar o projeto de lei já deliberado, representado pelo veto.

De qualquer modo, o que parece, de fato, importante "na arquitetura constitucional moderna, da qual a separação de funções é apenas uma parte, é a ideia de *balanceamento do poder político* dividido e contraposto, bem como da *eficiência dos mecanismos institucionais* que garantem a estabilidade do sistema politico"[62].

Karl Loewenstein pondera, por fim, que o mecanismo mais eficaz para o controle do poder político consiste na atribuição de diferentes funções estatais a diferentes detentores de poder. Se, inicialmente, o controle se fez pela submissão do Estado ao controle do direito, num momento posterior, os detentores de poder passaram a controlar-se mutuamente. Portanto, o Constitucionalismo moderno não propugna somente um governo com base no Estado de Direito, mas, sim, significa um governo responsável. Pode-se considerar um governo responsável quando o exercício do poder político está distribuído e controlado entre diversos detentores do poder. As técnicas de controle em sua totalidade estão consagradas na Constituição. A supremacia da Constituição é a realidade de um sistema integral de controles políticos[63].

Resumidamente, de todas as considerações feitas, pode-se afirmar que tanto os freios como os contrapesos são parte do grande mecanismo constitucional de controle político, de contenção do poder pelo poder, com vistas a assegurar um governo responsável, que assegure aos seus governados os direitos dos quais são titulares, visando a evitar abusos. Como se verifica, os objetivos da concepção de tal sistema não são em nada diferentes daqueles buscados quando da concepção da separação dos poderes. A diferença reside apenas no fato de que os mecanismos de freios e contrapesos permitiram um aprimoramento da simples separação de poderes, na medida em que incorporaram a noção de que o

62 CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

63 "(…) o constitucionalismo não é somente um governo com base de Estado de direito, mas também significa um governo responsável. Um governo pode ser considerado responsável quando o exercício do poder político é distribuído e controlado entre diferentes detentores de poder. As técnicas para controlar sua totalidade estão ancoradas na Constituição. A supremacia da Constituição é o fechamento de um sistema integral de controles políticos." (tradução nossa) "[...] el constitucionalismo no es solamente um gobierno com base de Estado de derecho, sino que significa um gobierno responsable. Um gobierno se puede considerar como responsable cuando el ejercicio del poder político está distribuído y controlado entre diversos detentores del poder. Las técnicas del controle em su totalidade están ancladas em la constitución. La supremacia de la constitución es el remate de um sistema integral de controles políticos" (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1954. p. 71).

abuso de poder é melhor evitado quando existe uma relação de interdependência entre os Poderes, e não de total isolamento.

Contudo, freios e contrapesos, a despeito de fazerem parte desse mesmo mecanismo, não são conceitos idênticos, muito embora sejam usados quase sempre de forma associada. Os freios são prerrogativas de que gozam os Poderes de neutralizar a tomada de decisão por parte de outro Poder. Já os contrapesos são instrumentos que permitem contrabalancear, equilibrar as decisões de determinados Poderes mediante a participação dos demais na tomada dessa decisão, sem que tal medida tenha o condão de neutralizar a decisão, mas simplesmente de torná-la mais democrática (equilibrada), permitindo a participação dos outros Poderes.

O exemplo emblemático de Constituição a adotar tais mecanismos é a referida Constituição Norte-Americana de 1787, conforme se verá.

2.5 Exemplo norte-americano – a Constituição de 1787

A compreensão da adoção da teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos da América, que pressupõe a existência de mecanismos de freios e contrapesos, passa imprescindivelmente por uma digressão histórica.

Enquanto no exemplo francês a Constituição de 1791 exsurge como marco divisor entre a monarquia absolutista e o Estado de Direito, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 é resultado da sua independência, após a Guerra pela Independência (1775-1783), que teve origem na confrontação das 13 (treze) colônias com o governo inglês.

Naquela época, Inglaterra e França haviam enfrentado a Guerra dos Sete Anos e, com o intuito de recuperar os custos dela decorrentes, a Inglaterra promoveu o arrocho do Pacto Colonial[64], causando tensões sociais entre a colônia e a metrópole. Com o objetivo de resolvê-las, foram realizados os Congressos de Filadélfia em 1774 e 1775. No ano seguinte, em 4 de julho de 1776, a independência dos Estados Unidos veio a ser declarada.

À não aceitação da independência das colônias pela Inglaterra seguiu-se a Guerra de Independência, que ocorreu entre 1776 e 1783, vencida, ao final, pelos Estados Unidos com o apoio da França e da Espanha.

Para consolidar a independência, as 13 (treze) colônias, agora Estados livres, visando à manutenção de sua liberdade, uniram-se, em 1781, sob a forma de Confederação de Estados, instituída pelo tratado denominado “Artigos da Confederação”.

Tal Confederação, contudo, ressentia-se de uma força centralizadora, que propiciasse a manutenção de tal acordo. O Congresso Continental, que exercia função

---

64 O pacto colonial era o conjunto de regras, leis e normas que as metrópoles impunham às suas colônias durante o período colonial. No caso da Inglaterra, com relação às treze colônias, o arrocho se deu por meio de regras comerciais mais rígidas e aumento de impostos, imposição de restrições ao comércio colonial e imposição de taxas sobre vários produtos. Foram tributados o açúcar (*Sugar Act*, 1764) e todo o material impresso nas colônias (*Stamp Act*, 1765). Este último imposto, instituído pela denominada Lei do Selo, provocou violenta reação dos colonos.

legislativa, era o único órgão central então existente com a tarefa de manter integradas as 13 (treze) colônias. Tal órgão, além de não possuir poderes expressivos, não era dotado de nenhum braço executivo, muito menos de um Poder Judiciário central, o que tornava frágil a manutenção da Confederação.

Esse tipo de organização permitiu uma inicial supremacia do Legislativo e uma subserviência do Judiciário em diversos Estados. Diante dessa situação, realizou-se um esforço para restaurar a separação dos poderes e constituir uma união mais sólida, sob a forma de Federação. É com o intuito de consolidar em definitivo essa forma de Estado que se dá o processo de ratificação pelos Estados da Constituição de 1787.

Lideraram esse processo de ratificação e fortalecimento da Constituição James Madison, Alexander Hamilton e John Jay[65], por meio de *O Federalista*, que consistiu num conjunto de 85 (oitenta e cinco) artigos publicados na imprensa de Nova Iorque, entre os anos de 1787 e 1788.

Dentre os vários ideais políticos adotados pelos federalistas estava a separação de poderes[66]. Todavia, em vista do contexto histórico acima narrado, de certa supremacia do Poder Legislativo, bem como de desconfiança com relação ao Parlamento inglês e, inclusive, com relação ao próprio Congresso Continental, idealizou-se um modelo diferente de separação de poderes daquele concebido na França. Justamente para evitar o abuso por parte do Poder Legislativo, com relação ao qual se havia criado sentimento de desconfiança, estabeleceu-se, para além da simples separação de poderes, os mecanismos de freios e contrapesos.

Assim, enquanto na França o Poder Legislativo ascendeu como supremo, em razão de ser o representante da vontade geral do povo, nos Estados Unidos, esse poder passou a sofrer restrições por parte do Poder Executivo, com a previsão de veto, e do Poder Judiciário, com a criação, mais tarde, da doutrina do *judicial review.*

A concepção de separação de poderes vigente na Constituição dos Estados Unidos, diferentemente daquela concebida na Constituição Francesa, não era estanque e nem isolada: ao agregar o conceito de *check and balances*, permitiu a existência de uma interação harmoniosa, de uma cooperação inter-relacional entre as atribuições de cada Poder, cabendo a cada um deles fiscalizar o outro, para que nenhum deles incorresse em usurpação e concentração.

Esse novo arranjo da estrutura política, além de decorrer do momento histórico

65 Conforme explica Ricardo de Castro Nascimento, os três autores mencionados são conhecidos como os *fouding fathers,* que, ao escreverem os artigos de *O Federalista,* utilizavam-se do pseudônimo *Publius, o amigo do povo,* e foram os três delegados dos respectivos estados no Congresso. (NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade.* 2017. 276 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017).

66 A Constituição de Massachussets de 1780 foi a primeira a trazer em seu bojo o princípio da separação de poderes, sendo seguida pela Constituição de Virgínia, em 1786, alastrando-se pelas demais Constituições dos novos Estados norte-americanos, até chegar à Constituição Federal de 1787.

vivido, encontra raízes na concepção que os autores de *O Federalista* tinham da sociedade. Com efeito, o pensamento federalista concebia o homem na busca por seus interesses individuais e egoístas, o que era considerado uma ameaça à estabilidade da República, já que, em sendo cada um dos Poderes ocupado por indivíduos, a usurpação de competências de um Poder pelo outro era iminente. Assim, na tentativa de resguardar seus interesses, os homens, exercendo as funções inerentes a cada um dos Poderes, agiriam de modo a conter eventuais excessos praticados pelos outros no exercício de suas atribuições.

Assim, os três Poderes deveriam exercer um controle mútuo, formando uma estrutura na qual os limites de cada um seria o produto da resistência e de eventuais reações dos outros, daí não poder haver isolamento, mas contato entre eles. Esse jogo de forças seria responsável pela manutenção do equilíbrio e estabilidade política. A racionalidade inerente ao sistema equilibraria as disputas, uma vez que cada ramo de governo não deveria extrapolar suas funções porque saberia que, se o fizesse, seria contido[67].

O sistema de freios e contrapesos consistiu, portanto, em importante inovação na separação de poderes, introduzindo mecanismos que garantem a sua eficaz aplicação[68].

Para os autores de *O Federalista*, esse jogo de poderes não ia de encontro aos ideais de Montesquieu, mas ao encontro desses ideais, já que o filósofo francês não condenava a intervenção de um Poder sobre o outro, e sim a concentração dos três Poderes nas mãos de um só. É o que se infere quando Montesquieu fala sobre a contenção de uma câmara pela outra dentro do Poder Legislativo e da contenção deste pelo Poder Executivo[69]. Vejamos, a esse respeito, as palavras de Madison, no artigo 47 de *O Federalista*:

> A partir desses fatos, pelos quais Montesquieu foi guiado, pode ser claramente deduzido, que, ao dizer, "não pode haver liberdade, onde os poderes legislativo e executivo estão unidos na mesma pessoa, ou grupo de magistrados"; ou, "se o poder de julgar, não for separado dos poderes legislativo e executivo", ele não quis dizer que esses poderes não devem ter nenhuma inferência,

67 "Foi mostrado no último artigo, que o brocardo político ali examinado, não exige que os órgãos legislativo, executivo e judiciário estejam totalmente desconectados um do outro. Eu me comprometo a mostrar que, a menos que estes departamentos estejam conectados e misturados entre si, para dar a cada um controle constitucional sobre os outros, o grau de separação máximo possível, como essencial para um governo livre, não poderá ser na prática devidamente mantido" (tradução nossa).
"It was shown in the last paper, that the political apothegm there examined, does not require that the legislative, executive, and judiciary departments, should be wholly unconnected with each other. I shall undertake in the next place to show, that unless these departments be so far connected and blended, as to give to each a constitutional control over the others, the degree of separation which the maxim requires, as essential to a free government, can never in practice be duly maintained" (*Federalist*, Madison, n. 48, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786- 1800/the-federalist-papers/the-federalist-48.php>. Acesso: 03-out. 2017).
68 COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. A separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 15-35, out.-dez. 2015.
69 "O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisaria a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo.
Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo" (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973. p. 161).

ou nenhum controle sobre os atos dos outros. Seu significado, como suas próprias palavras o mostram, e ainda mais conclusiva como ilustrado pelo exemplo que ele tinha sob seus olhos, pode resumir-se a não mais do que o seguinte, onde todo o poder de um órgão é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro órgão, os princípios fundamentais de uma constituição livre são subvertidos. Este teria sido o caso na constituição examinada por ele, se o rei, que era o único magistrado executivo, possuísse também o poder legislativo completo, ou a administração suprema da justiça; ou se todo o corpo legislativo possuísse o poder judicial supremo, ou o poder executivo supremo. Isso, no entanto, não é um dos vícios desta constituição. O chefe do executivo, no qual todo o poder executivo reside, não pode por si só fazer uma lei, embora ele possa vetar todas as leis; tampouco pode administrar a justiça, embora ele possa nomear aqueles que a administram. Os juízes não podem exercer nenhuma prerrogativa executiva, apesar de serem investidos a partir do executampouco qualquer função legislativa, embora possam ser aconselhados pelos conselhos legislativos. O corpo do poder legislativo não pode realizar nenhum ato judicial; embora pelo ato conjunto de dois dos seus órgãos, os juízes possam ser removidos de seus cargos; e, ainda, um dos seus ramos possuir o poder judicial em última instância. Toda a legislatura novamente não pode exercer nenhuma prerrogativa executiva, embora um de seus ramos constitua o órgão supremo do poder executivo; e o outro, pela acusação de um terceiro, pode tentar e condenar todos os oficiais subordinados no departamento executivo. (tradução nossa)[70].

Vale notar, ao contrário da separação de poderes concebida na França, que no modelo norte-americano a vontade popular é afastada como mecanismo de controle e contenção dos Poderes, haja vista que estes se conteriam entre eles, não havendo

70 "From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred, that in saying, 'there can be no liberty, where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of magistrates' or, 'if the power of judging, be not separated from the legislative and executive powers' he did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over the acts of each other. His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted. This would have been the case in the constitution examined by him, if the king, who is the sole executive magistrate, had possessed also the complete legislative power, or the supreme administration of justice; or if the entire legislative body had possessed the supreme judiciary, or the supreme executive authority. This, however, is not among the vices of that constitution. The magistrate, in whom the whole executive power resides, cannot of himself make a law, though he can put a negative on every law; nor administer justice in person, though he has the appointment of those who do administer it. The judges can exercise no executive prerogative, though they are shoots from the executive stock; nor any legislative function, though they may be advised with by the legislative councils. The entire legislature, can perform no judiciary act; though by the joint act of two of its branches, the judges may be removed from their offices; and though one of its branches is possessed of the judicial power in the last resort. The entire legislature again can exercise no executive prerogative, though one of its branches constitutes the supreme executive magistracy; and another, on the impeachment of a third, can try and condemn all the subordinate officers in the executive department" (*Federalist*, Madison, n. 47, 1788, Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-47.php>. Acesso: 03-out. 2017).

Ricardo de Castro Nascimento pondera, ao tratar da concepção de *O Federalista* sobre os mecanismos de freios e contrapesos, que "A separação de poderes não implica segregação total e ausência de controle mútuo dos respectivos atos. O importante é evitar a concentração de poderes em uma única pessoa, quer por hereditariedade ou eleição. Os poderes não devem ser rigidamente separados e sim integrados de forma que permitam o controle recíproco e a eficiência do governo [...]." (NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade.* 2017. 276 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 160).

necessidade de conceber o Poder Legislativo como representante da vontade geral e, portanto, do povo, como órgão supremo. No modelo norte-americano, pelo fato de todos os Poderes possuírem mecanismo de contenção recíproca, previstos constitucionalmente, estes se equilibrariam por uma racionalidade intrínseca, endógena a esse arranjo, independentemente de uma fiscalização popular.

Parece importante frisar, todavia, que essa concepção acabou por gerar uma certa supremacia do Poder Judiciário, que se tornou, após o caso *Madison vs Marbury*[71], o guardião da Constituição. De fato, o entendimento de que os mecanismos de *check and balances* previstos constitucionalmente eram suficientes, e sendo o Poder Judiciário concebido como o guardião da Constituição aliado ao sistema de *Commom Law* adotado naquele país, fez com que, ao final, prevalecesse a interpretação constitucional dada pela Corte Suprema.

Entretanto, tal supremacia não parecia, naquele momento, representar qualquer perigo à separação e ao equilíbrio dos poderes, já que o Poder Judiciário foi concebido no sistema norte-americano como um poder neutro, que não apresentava potencial lesivo sobre os demais Poderes, tanto que a ele foram impostos poucos mecanismos de freios e contrapesos e muitos meios de defesa com relação aos demais, conforme se verifica no excerto a seguir, extraído do artigo 78 de *O Federalista*.

> Quem considerar com atenção os diferentes poderes, deve reconhecer que nos governos, em que eles estão bem separados (os poderes), ***o poder judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a constituição, porque é o que menos tem meios de atacá-la***. O poder executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública, o legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres dos cidadãos; ***porém o judiciário não dispõe da bolsa nem da espada, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem*** força ***e sem*** vontade***, apenas lhe compete*** juízo***; e este só deve sua eficácia ao socorro do poder executivo.***
>
> *Já esta simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º que o poder judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º que por isso mesmo não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resolução; 3º que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder*

71 Bruce Ackerman, em sua obra, *The failure of the fouding fathers*, critica o pensamento atual de que o caso *Madson vs Marbury* seja o precursor do controle de constitucionalidade. A crítica do autor se funda no fato de que a decisão dada no famoso caso não adveio da tentativa de dar supremacia à Constituição sobre os demais atos legislativos, mas sim de um conflito político vivido pelo *Chief Marshall*, que, por ter sido nomeado pelos Republicanos, não queria contrariar Marbury, que também o havia sido. Porém, por ser Presidente da Suprema Corte, Marshall também não queria desagradar o Governo e enfraquecer a independência da Corte, daí a necessidade de não decidir o mérito, mas apenas concluir que a Constituição não lhe havia investido dos poderes para decidir sobre aquela matéria (ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Harvard University Press, 2005). Levinson também critica a utilização do caso *Madson vs Marbury* como a origem do controle de constitucionalidade, por entender que se tratou de decisão política, conforme já explicitado e, ainda, por entender que outros casos seriam bem mais emblemáticos acerca do controle de constitucionalidade, a exemplo de *Stuart vs Laid* (SANFORD, Levinson. Por qué no enseño “Marbury” (excepto a europeos del Este) y por qué ustedes tampoco deberían. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. año 7, n. 13, p. 137-167, 2009).

defender-se dos outros dois[72]. (grifei)

Talvez, por influência desse pensamento, a Constituição Federal de 1988 apresente poucos mecanismos de freios e contrapesos sobre o Poder Judiciário, gerando um desequilíbrio entre os três Poderes, como se verá mais adiante.

3 I BREVE HISTÓRICO DOS FREIOS E CONTRAPESOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Antes de tratar especificamente da Constituição Federal de 1988, é de rigor frisar que tanto a separação dos poderes quanto os mecanismos de freios e contrapesos estiveram presentes em todas as Constituições brasileiras, em maior ou menor grau.

É importante notar, conforme esclarece Pontes de Miranda, que na Constituição do Império do Brasil, de 1824, os Poderes eram quatro (Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador), havendo o princípio da divisão e o princípio da harmonia entre eles, mas sem lhes postular a independência[73].

Quanto aos mecanismos de freios e contrapesos, que permitiam a harmonia entre os Poderes, citem-se, a título exemplificativo, as atribuições da Assembleia Geral, composta pela Câmara de Deputados e pela Câmara de Senadores, ou Senado, previstas no artigo 15 do documento, que tornavam possível o exercício do controle dos atos do Imperador pelo Poder Legislativo[74].

A Carta de 1891, sob a inspiração de Montesquieu, previu que são "órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si". Diferentemente da Constituição de 1824, aqui a independência dos Poderes foi prevista expressamente.

A Constituição de 1891, extinguiu, seguindo seus ideais republicanos, o Poder Moderador.

É interessante notar que havia previsão específica de que "Ninguém pode ser, ao mesmo tempo, Deputado e Senador" (art. 16, § 3º) e de que "O Deputado ou Senador não

---

72 Hamilton. *O Federalista,* Artigo 78, 1788. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>. Acesso: 03-out. 2017

73 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1 de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I.

74 Eram elas: (i) tomar juramento ao Imperador, ao Príncipe Imperial, ao Regente, ou Regência; (ii) eleger a Regência, ou o Regente, e marcar os limites da sua autoridade; (iii) reconhecer o Príncipe Imperial, como Sucessor do Trono, na primeira reunião logo depois do seu nascimento; (iv) nomear Tutor ao Imperador menor, caso seu Pai não o tenha nomeado em Testamento; (v) resolver as dúvidas que ocorrerem sobre a sucessão da Coroa; (vi) na morte do Imperador, ou vacância do Trono, instituir exame da administração que acabou e reformar os abusos nela introduzidos; (vii) escolher nova Dinastia no caso da extinção da Imperante. Ou, ainda, a competência privativa da Câmara de decretar a acusação contra Ministros de Estado e Conselheiros de Estado e aquela do Senado, de conhecer dos delitos individuais, cometidos pelos Membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado e Senadores; e dos delitos dos Deputados, durante o período da legislatura, bem como conhecer da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado.

podem também ser Presidente ou fazer parte de Diretorias de bancos, companhias ou empresas que gozem favores do Governo federal definidos em lei" (art. 24). Tais dispositivos demonstram a clara intenção de que o poder fosse balanceado, equilibrado, configurando a ideia de balança de Poderes.

São notados, ainda, mecanismos de freios e contrapesos, pela competência atribuída ao Senado para julgamento do presidente em casos de crime de responsabilidade, após a aceitação da acusação pela Câmara e pelo Supremo Tribunal Federal (criado pela Constituição de 1891), no caso de crimes comuns (art. 53).

Cabia, ainda, ao Chefe do Poder Executivo convocar o Congresso Nacional extraordinariamente (art. 48, 10º). Contudo, não lhe cabia a iniciativa de projetos de lei, mas tão somente a sanção ou o veto, que poderia ser derrubado por votação de 2/3 dos sufrágios presentes, a promulgação e a publicação das leis e resoluções do congresso (art. 48, 1º).

O Poder Judiciário passou a abrigar o Supremo Tribunal Federal, como seu órgão máximo, cujos membros passaram a ser nomeados pelo Presidente, cujo cargo somente poderia ser perdido por meio de sentença judicial e não mais por decisão do chefe do Executivo.

Ao Supremo Tribunal Federal foi, ainda, atribuída a competência para processar e julgar, com autorização da Câmara, os crimes comuns praticados pelo Presidente, cabendo ao Senado, com a mesma autorização, julgá-lo nos crimes de responsabilidade.

Resumidamente, nas palavras de Pontes de Miranda, ao citar João Barbalho, a Constituição de 1891 adotou tal mecanismo de modo que nenhum dos três Poderes divididos ficasse absolutamente separado, nem acima dos outros. O autor pondera, ainda, que a virtude e a bondade do sistema consistem especificamente na dependência mútua que existe entre eles e nos esforços que essa dependência lhes impõe para chegarem à unidade[75].

A Constituição de 1934, por sua vez, ao tratar da separação dos poderes, em seu art. 3º, alterou o texto para prever que "São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si", e não mais, como na redação da Constituição de 1891, "harmônicos entres si".

A função de coordenação entre os Poderes coube ao Senado Federal, por força do art. 88[76], quando do exercício das atribuições previstas nos arts. 90 a 92[77].

---

75 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. I, p. 559.

76 "Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência".

77 "Art. 90. São atribuições privativas do Senado Federal: a) aprovar, mediante voto secreto, as nomeações de ma-

Nas palavras de Carlos Simões, a Constituição de 1934, “No artigo 88 mitigou o regime presidencialista, instituído originariamente na Constituição de 1891, no modelo liberal, em que era nítida e rígida a separação de competências dos três Poderes, que, até então, ‘harmônicos’, deveriam ser ‘coordenados entre si’”. Para isso, instituiu o Senado como órgão dessa coordenação, atribuindo-lhe, portanto, feição parlamentarista, além de apenas colaborar na feitura das leis (art. 91)[78].

O Ministério Público e o Tribunal de Contas surgem, ao lado do Senado Federal, no Capítulo V, que trata da coordenação dos Poderes, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais, cabendo ao Procurador-Geral da República comunicar a decisão ao Senado Federal acerca da declaração de inconstitucionalidade de lei, para os fins do art. 91, IV, bem como à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato (art. 96), e ao Tribunal de Contas acompanhar a execução orçamentária e julgar

---

gistrados, nos casos previstos na Constituição; as dos Ministros do Tribunal de Contas, a do Procurador-Geral da República, bem como as designações dos Chefes de Missões diplomáticas no exterior; b) autorizar a intervenção federal nos Estados, no caso do art. 12, nº III, e os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) iniciar os projetos de lei, a que se refere o art. 41, § 3º; d) suspender, exceto nos casos de intervenção decretada, a concentração de força federal nos Estados, quando as necessidades de ordem pública não a justifiquem.

Art. 91. Compete ao Senado Federal: 1 – colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: a) estado de sítio; b) sistema eleitoral e de representação; c) organização judiciária federal; d) tributos e tarifas; e) mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional; f) tratados e convenções com as nações estrangeiras; g) comércio internacional e interestadual; h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União; i) vias de comunicação interestadual; j) sistema monetário e de medidas; banco de emissão; k) socorros aos Estados; l) matérias em que os Estados têm competência legislativa subsidiária ou complementar, nos termos do artigo 5º § 3º. II – examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais; III – propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder; IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; V – organizar, com a colaboração dos Conselhos Técnicos, ou dos planos dos Conselhos Gerais em que eles se gruparem, os planos de solução dos problemas nacionais; VI – eleger a sua Mesa, regular a sua própria polícia, organizar o seu Regimento Interno e a sua Secretaria, propondo ao Poder Legislativo a criação ou supressão de cargos e os vencimentos respectivos; VII – rever os projetos de código e de consolidação de leis, que devam ser aprovados em globo pela Câmara dos Deputados; VIII – exercer as atribuições constantes dos arts. 8º, § 3º, 11 e 130.

Art. 92. O Senado Federal pleno funcionará durante o mesmo período que a Câmara dos Deputados. Sempre que a segunda for convocada para resolver sobre matéria em que o primeiro, deva colaborar, será este convocado extraordinariamente pelo seu Presidente ou pelo Presidente da República. § 1º No intervalo das sessões legislativas, a metade do Senado Federal, constituída na forma que o Regimento Interno indicar, com representação igual dos Estados e do Distrito Federal, funcionará como Seção Permanente, com as seguintes atribuições: I – velar na observância da Constituição, no que respeita às prerrogativas do Poder Legislativo; II – providenciar sobre os vetos presidenciais, na forma do art. 45, § 3º; III – deliberar, *ad referendum* da Câmara dos Deputados, sobre o processo e a prisão de Deputados e sobre a decretação do estado de sítio pelo Presidente da República; IV – autorizar este último a se ausentar para país estrangeiro; V – deliberar sobre a nomeação de magistrados e funcionários, nos casos de competência do Senado Federal; VI – criar Comissões de Inquérito, sobre fatos determinados observando o parágrafo único do art. 36; VII – convocar extraordinariamente a Câmara dos Deputados. § 2º Achando-se reunida a Câmara dos Deputados em sessão extraordinária, para a qual não se faça *mister* a convocação do Senado Federal, compete à Seção Permanente deliberar sobre prisão e processo de Senadores, e exercer as atribuições do nº V do parágrafo anterior. § 3º Na abertura da sessão legislativa a Seção Permanente apresentará à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal o relatório dos trabalhos realizados no intervalo. § 4º Quando no exercício das suas funções na Seção Permanente, terão os membros desta o mesmo subsídio que lhes compete durante as sessões do Senado Federal”.

78 SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais*: o Estado social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortez, 2013.

as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (art. 99).

Para a derrubada do veto do Presidente, passou a ser necessária a deliberação da maioria absoluta dos membros da Câmara e do Senado.

Foi prevista, pela primeira vez, a Comissão Parlamentar de Inquérito, que outorga ao Poder Legislativo a função fiscalizatória.

Cabe, ainda, mencionar a criação da Corte Suprema, em substituição ao Supremo Tribunal Federal, previsto na Constituição anterior, e a criação do controle de constitucionalidade concentrado, "porquanto o exame de constitucionalidade pelo Pretório Supremo já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, mas por efeito de uma provocação cujo objeto era a declaração mesma de constitucionalidade da lei que decreta a intervenção federal"[79]. Com efeito, a Constituição de 1934 revelou-se como um verdadeiro marco no controle de constitucionalidade concentrado, ao prever a representação interventiva[80]. O controle de constitucionalidade pela via concentrada inaugura a possibilidade de controle judicial dos atos normativos, o que é um passo extremamente importante para o equilíbrio dos Poderes.

Ressalte-se, nesse aspecto, que a Emenda de 5 de setembro de 1926, à anterior Constituição de 1891, já havia instituído o controle difuso de constitucionalidade, ao autorizar os juízes e tribunais a processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal. Portanto, foi garantida aos tribunais autonomia na interpretação e discussão das normas, declarando-as constitucionais ou inconstitucionais conforme o caso, podendo deixar de aplicar certas leis se estas ferissem o texto constitucional.

Ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída a competência, ainda, com a autorização da Câmara dos Deputados, para julgar o Presidente, seus Ministros e o Procurador-Geral da República, nos crimes comuns.

Por fim, vale mencionar a criação do julgamento das contas do Presidente pelo Legislativo, com a criação do Tribunal de Contas, o que é uma novidade nas constituições brasileiras até então existentes, bem como a competência para processar e julgar os crimes de responsabilidade, não exclusiva do Legislativo, mas compartilhada pela participação do Poder Judiciário.

A Constituição de 1937 foi inspirada nos ideais de Francisco Campos, que entendia que a Constituição não poderia ser obra de combinação, ajuste ou coordenação parlamentar ou uma obra especulativa de ideologia. Deveria, antes, ser obra política direta, prática e simples, visando a concentrar os poderes na mão de um só – o Chefe da Nação –,

79 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 336.

80 "Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade".

principalmente pela época de instabilidade política que se vivia, com a ameaça comunista.

Imbuída desse espírito, a Carta de 1937 concentrou poderes praticamente ilimitados nas mãos do Presidente, Chefe do Executivo Federal, outorgando-lhe a competência de, além de coordenar as atividades dos órgãos representativos de grau superior, dirigir a política interna e externa, promover ou orientar a política legislativa de interesse nacional e superintender a administração do país, expedir decretos-lei sobre matérias de competência legislativa da União, quando não se reunisse o Parlamento.

Como a nova Carta havia dissolvido a Câmara dos Deputados e o Senado Federal e como as eleições para a nova composição apenas seriam marcadas pelo Presidente, em data a ser por ele definida, após a realização do plebiscito a que deveria se submeter a nova carta, o Presidente passou a poder legislar sobre todas as matérias de competência da União.

A disciplina do Poder Legislativo pela Constituição de 1937 poderia dar a falsa impressão de que havia um sistema equilibrado e equitativo entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Contudo, dez dos membros do Conselho Federal – órgão criado pela Constituição de 1937 em substituição ao Senado Federal – seriam escolhidos pelo Presidente da República, e o restante, pelas Assembleias Legislativas dos Estados.

Além disso, cumpre anotar que o art. 13 autorizava o Presidente, nos recessos do Parlamento, que apenas funcionaria quatro meses no ano, por necessidade do Estado, a editar decretos-lei sobre matérias de competência legislativa da União, com algumas exceções.

Em tese, ainda, cabia ao Poder Legislativo referendar os tratados e convenções internacionais celebrados pelo Presidente. Todavia, este poderia decretar sua execução provisória, sem o referendo do Parlamento, no interesse do país, que, obviamente, era caracterizado por seu mero juízo discricionário.

O mesmo se diga a respeito da declaração de guerra. Em regra, esta dependia da autorização do Legislativo, que poderia ser dispensada em caso de invasão ou agressão estrangeira. Também para a decretação do estado de guerra ou de emergência, era dispensada a autorização do Poder Legislativo.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1937 desequilibrou completamente a balança entre os Poderes, atribuindo quase que de modo integral o controle sobre os atos do Legislativo e do Judiciário ao Executivo.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, todavia, restaurou a divisão dos Poderes, com a previsão de que são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si, eliminando-se a terminologia utilizada na Constituição de 1934 quanto à coordenação.

De todo modo, a Constituição de 1946 trouxe a vedação expressa à delegação de

atribuições dos Poderes.

Foi restaurado o bicameralismo legislativo, inclusive com a restauração da competência do Senado, como órgão do Poder Legislativo.

A competência da Câmara dos Deputados foi mantida com relação à tomada de contas do Presidente da República, bem como com relação à decisão de procedência ou improcedência de acusação contra o Presidente da República, nos crimes comuns e de responsabilidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal julgá-los no primeiro caso e ao Senado Federal, nos casos de crimes de responsabilidade.

O controle de constitucionalidade difuso foi mantido, cabendo ao Supremo Tribunal Federal analisar, em sede de recurso extraordinário, decisões cujo objeto fosse a validade de lei federal em face da Constituição, quando a decisão recorrida negasse vigência à lei ou ato.

Por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu-se, de forma expressa, e bem mais ampla do que aquela relativa à ação interventiva, o controle abstrato de norma perante o Supremo Tribunal Federal. Ao dar nova redação à alínea "k" do art. 101, I, da Constituição de 1946, a Emenda determinou que cabia ao STF processar e jugar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, que passou a ter competência privativa para tanto. Adotou-se, assim, o modelo de controle concentrado austríaco, sem abandono do modelo norte-americano do controle difuso.

Todavia, instalado o Golpe de 1964, a Constituição de 1946 passou a receber em seu texto uma série de alterações introduzidas pelos militares, de modo que não mais refletia a ideologia antes existente, enfraquecendo-a, deixando de ter qualquer autoridade, sobretudo em vista da edição, a partir de então, dos Atos Institucionais, os quais conferiram poderes excepcionais ao Poder Executivo. Em verdade, pode-se dizer que, nesse momento, a Constituição de 1946, apesar de formalmente vigente, já não o era do ponto de vista material, eis que as modificações introduzidas pelo movimento revolucionário a haviam alterado substancialmente.

A elaboração meramente formal da Constituição de 1967 deu-se como forma de legitimar a ditadura já instalada, haja vista que o Poder Executivo já havia voltado a ter posição soberana em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, os quais, juntamente com a sociedade civil, passaram a ser meros espectadores das medidas tomadas pelos militares.

Na Constituição de 1967, pela primeira vez, foi prevista a possibilidade de edição de leis delegadas, bem como a possibilidade de o Presidente da República ter inciativa de leis que poderiam versar sobre qualquer matéria e, ainda, solicitar regime de urgência nas

deliberações do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, foi prevista a competência do Presidente da República para editar decretos-lei, bem como a delimitação de matérias de sua iniciativa, que lhe foram outorgadas de forma exclusiva.

Para José Afonso da Silva, a Constituição de 1967 "sofreu poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou"[81].

Em 13 de dezembro de 1968, foi editado o AI 5, que rompeu efetivamente com a ordem constitucional, seguido por mais uma dezena de atos complementares e decretos-lei que aniquilaram a separação dos poderes e retiraram mecanismos de freio e contrapeso.

---

81 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 89.

O PODER EXECUTIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: FREIOS E CONTRAPESOS

1 I CONSIDERAÇÕES GERAIS

Superada a fase ditatorial no nosso sistema político, promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição de 1988, "Cidadã", como é chamada, restaurou a separação dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos, tendo incorporado a esse título vários deles, já aludidos quando do breve estudo dos freios e contrapesos nas Constituições brasileiras.

Além de ter trazido um rol extenso de direitos fundamentais[1], inclusive alçando-os à condição de cláusula pétrea, previu dentro do Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, a separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, tornando-a imune a qualquer alteração, mesmo que por meio de emenda constitucional.

A separação dos poderes, como já se teve a oportunidade de analisar, refere- se à distinção de funções do Estado exercidas por diferentes órgãos, para que não restem concentrados nas mãos de um só. Tal separação deve ser exercida observando-se, ao mesmo tempo, a independência e a harmonia entre eles.

A independência dos Poderes significa que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, os seus titulares prescindem, para o desempenho de suas tarefas, da autorização dos demais. A independência confere, ainda, liberdade no desempenho das respectivas atribuições, havendo apenas necessidade de obediência às disposições constitucionais.

A harmonia entre os Poderes pressupõe, além do respeito recíproco às atribuições dos demais[2], sem invadir-lhes a competência, a necessidade de que se relacionem dentro

1 A despeito de o Título II da Constituição Federal tratar especificamente dos direitos e garantias fundamentais, contendo os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos, é possível encontrar direitos fundamentais em artigos esparsos na Constituição Federal, não pertencentes ao Título II. Tal possibilidade decorre da adoção do critério material para identificação dos direitos fundamentais. Isto é, em razão de determinadas características, os direitos fundamentais estariam espalhados pela Constituição Federal, ainda que não previstos no Título II. A uma, pois a própria Constituição Federal estabelece que os direitos ali arrolados não são exaustivos (art. 5º §2º, CF/1988). A duas, pois, de acordo com as lições de Vidal Serrano Nunes Júnior, a fundamentalidade dos direitos está imbricada às suas características materiais e não à sua localização topográfica na Constituição. O critério material permite a classificação de um direito como fundamental a partir da identificação de três valores em sua essência: a liberdade, a democracia política e a democracia econômico-social, todos eles derivados da dignidade da pessoa humana, ligados à inserção do individuo na sociedade. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009).

2 Apenas a título complementar, cabe informar que João Barbalho trata como freios e contrapesos outros meios de contenção de poder, com vistas à manutenção dos princípios da República (que refuta a máxima *the king can do no wrong*), que não somente aqueles existentes entre os três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para o autor, são freios também, além dos existentes entre os Poderes, o freio dos Estados aos excessos do Governo Federal, aqueles existentes dentro do próprio Poder Legislativo, exercidos entre a Câmara e o Senado, e aqueles exercidos pelo próprio

das interferências que a própria Constituição lhes impõe, como forma de estabelecer um sistema de freios e contrapesos. Embora a CF/1988 não faça referência expressa à terminologia “freios e contrapesos”, esse sistema está compreendido pela necessidade de relação harmônica que deve existir entre os Poderes, conforme estabelece o art. 2º, e, ainda, conforme se verá em diversos outros dispositivos constitucionais[3].

São oportunas as seguintes palavras de Joaquim Falcão, ao comentar o art. 2º da Constituição Federal:

> E o que se lhe vê é que o constituinte desenhou a estrutura institucional dos Poderes de modo a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, mediante previsão de alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Mas tempera-o com a prescrição doutras atribuições, muitas das quais de controle recíproco, e cujo conjunto forma, com as regras primárias, verdadeiro sistema de integração e cooperação, preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo último, que é a garantia da liberdade. Esse quadro normativo constitui expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. À Constituição repugna-lhe toda exegese que reduza a independência dos Poderes a termos absolutos, os quais, aliás de todo estranhos aos teóricos de sua fórmula, seriam contraditórios com a ideia que a concebeu como instrumento político-liberal[4].

Assim, se é verdade que ao Poder Executivo cumpre aplicar a lei de ofício, ao Poder Legislativo, inaugurar o ordenamento jurídico por meio de atos gerais e abstratos, e ao Judiciário, julgar as lides com definitividade, não é menos verdade que devem exercer também suas funções atípicas, muitas delas com vistas à concretização da harmonia entre os três Poderes[5]. Desse modo, para que a separação dos poderes seja mantida de forma harmônica, foi necessário prever diversos mecanismos, concretizadores da harmonia e equilíbrio dos Poderes, chamados de freios e contrapesos.

---

povo que ensejam a renovação dos mandatos (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. I, p. 560). Contudo, por ser o tema do estudo a demonstração de que, comparando-se os mecanismos de freios e contrapesos existentes entre os três Poderes, o menos controlado é o Poder Judiciário, não pareceu interessante seguir tal classificação, mesmo porque nenhum freio popular é imposto ao Poder Judiciário.

3 O mecanismo de freios e contrapesos está presente em todas as nossas constituições, não exatamente representado pelos mesmos institutos, e nem sempre com a mesma intensidade, porém sempre presente. Fides Omatti lembra que, por ocasião da Assembleia Constituinte, em 1823, o Imperador se pronunciou a favor de uma Constituição que tivesse três Poderes bem divididos, porém que fossem de tal modo organizados e harmonizados que se tornasse impossível, ainda que com o passar do tempo, que se fizessem inimigos (OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. *R. Inf. Legisl.*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 55-82, jul.-set. 1977).

4 FALCÃO, Joaquim. Separação de Poderes e a independência do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 243, p. 253-274, jan. 2006.

5 É importante notar que os mecanismos de freios e contrapesos podem configurar atividades atípicas dos Poderes, sem que haja uma reciprocidade desta ideia, é dizer, há atividades atípicas que não configuram mecanismos de freios e contrapesos, a exemplo da atribuição inerente ao Poder Executivo de processar e julgar, como sói ocorrer no âmbito das agências reguladoras. Por outro lado, nem todos os mecanismos de freios e contrapesos configuram atividades atípicas. Como se verá adiante, a atividade típica do Poder Judiciário é exercer o controle sobre os atos produzidos pelos demais Poderes.

Seguir-se-á, assim, com o estudo do sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição de 1988, estudando-se cada um dos três Poderes sob esse viés, lembrando que o povo, representado pelo Poder Constituinte Originário, que culminou na promulgação da Constituição de 1988, é o maior e mais importante instrumento de controle a eventuais abusos cometidos pelos temporários titulares do poder.

Embora não se tenha encontrado, na doutrina pátria, diferenciação entre os mecanismos de freios e os mecanismos de contrapesos, pareceu importante, para efeito da sistematização dos freios e contrapesos presentes na Constituição de 1988, adotar os conceitos supramencionados.

Assim, dividir-se-á os mecanismos de controle recíprocos entre freios e contrapesos, sendo que a cada um atribuir-se-á um conceito diferente.

Por meio de freios quer-se significar mecanismos de neutralização, que outorguem a um determinado Poder a possibilidade de parar uma ação de outro Poder.

Por contrapesos, entender-se-á toda medida capaz de balancear uma ação, atitude, medida tomada por um Poder, por meio da influência de outro(s) Poder(es) na tomada de decisão, mediante a sua participação, porém incapaz de sua neutralização.

Parece importante, ainda, esclarecer que tanto os freios como os contrapesos, partindo-se das definições acima, podem ser exercidos de forma direta, situação em que recairão sobre uma atividade típica de determinado Poder, como de forma indireta, caso em que apenas terão efeitos sobre as atividades típicas de forma indireta.

Por fim, antes de adentrar no estudo dos mecanismos de freios e contrapesos, vale, mais uma vez, esclarecer que a pretensão do presente trabalho é analisá-los, um a um, a fim de demonstrar que o Poder Judiciário possui posição de supremacia no esquema constitucional, em comparação com os outros dois Poderes, já que sobre ele pende menor número de mecanismos de freios e contrapesos.

2 | FREIOS E CONTRAPESOS EXERCIDOS PELO PODER EXECUTIVO

Neste item será feito o estudo dos freios e contrapesos, sejam diretos ou indiretos, exercidos pelo Poder Executivo sobre os Poderes Legislativo e Judiciário.

2.1 Sobre o Poder Legislativo

2.1.1 Participação no processo legislativo

Função atípica do Poder Executivo que configura mecanismo de freio e contrapeso é a possibilidade de participar, seja no início, seja ao final, do processo legislativo, influenciando, ou mesmo definindo, o seu resultado.

Partindo da definição do que são freios e do que são contrapesos, pode-se afirmar que a participação do Poder Executivo no processo legislativo ora configura freio, ora configura contrapeso.

Tudo indica que o mais relevante destes mecanismos é o veto.

A palavra veto tem origem em Roma, especificamente num período de luta dos plebeus contra a dominação do poder pela aristocracia, momento em que se decidiu instituir os tribunos da plebe, que tinham o poder de suspender a execução dos decretos do Senado ou a ordem de outras autoridades. A essa possibilidade de suspensão atribuiu-se o nome de veto[6].

De acordo com a definição de José Alfredo de Oliveira Baracho, “veto é o ato pelo qual um indivíduo ou órgão impede temporária ou imediatamente a aplicação de decisão de um outro indivíduo”[7].

O veto, assim, não existe apenas entre as atribuições do Poder Executivo, com vistas a exercer um controle sobre os atos do Legislativo. Ele existe e pode ser exercido em outras searas, a exemplo da possibilidade de os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU poderem opor o veto às questões ali apresentadas, ou, ainda, o veto popular adotado em algumas democracias semidiretas, que possibilita a participação popular, mediante consulta ao eleitorado sobre lei aprovada pelo Legislativo.

Contudo, interessa aqui o veto exercido pelo Poder Executivo, que pode ser definido mais especificamente como ato expresso do Chefe do Poder Executivo por meio do qual este utiliza a sua prerrogativa de negar sanção a um projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo.

O veto é, pois, uma das diversas técnicas de controle do exercício político, que garante a existência e o funcionamento do Estado de Direito.

Carlos Maximiliano, invocando ensinamentos de Hamilton, afirma que o veto

> [...] serve não só de escudo ao Poder Executivo, mas também fornece nova garantia contra o voto de leis más. Estabelece para o corpo legislativo um freio salutar destinado a resguardar a nação contra os efeitos das frações, da precipitação ou de todo impulso contrário ao interesse público e bastante forte para influenciar a maioria do Congresso[8].

Está expressamente previsto no art. 64, § 1º combinado com o art. 84, V, ambos da Constituição Federal[9].

---

6 Ainda, na Inglaterra, sobretudo na época dos Tudors, vamos reencontrá-lo com grande aplicabilidade. Num momento posterior, surgirá na Constituição Norte-Americana. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n. 83, p. 141-214, jul.-set. 1984).

7 Ibidem.

8 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira.* 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas S/A, 1948, v. II, p. 180-181.

9 Apenas a título complementar, cabe informar que a Constituição de 1891 trazia a previsão do veto, porém sem a possibilidade de sua revisão pelo Legislativo.

O veto pelo Chefe do Poder Executivo pode dar-se por contrariedade do projeto de lei ao interesse público, e, nesse caso, aquilo que se entende como interesse público está dentro do campo da discricionariedade administrativa; ou, ainda, em razão da inconstitucionalidade do projeto, configurando, neste caso, modo de controle de constitucionalidade preventivo, a exemplo do que ocorre quando da análise da constitucionalidade de determinado projeto de lei por parte da Comissão de Constituição e Justiça das Casas do Legislativo.

Cabe informar que o silêncio do Chefe do Poder Executivo, no prazo de 15 dias, contados do recebimento do projeto de lei pela Casa Legislativa, não importa o veto do projeto de lei, mas a sua sanção, conforme preconiza o § 4º do art. 64 da CF/1988. Parece lógico que o exercício do freio por parte do Poder Executivo sobre o Legislativo decorra de ação, e não de omissão ou inércia.

Ainda, o veto há de ser sempre motivado, a fim de que as razões externadas pelo Chefe do Poder Executivo possam ser levadas em conta pelo Congresso Nacional quando da reanálise do projeto vetado[10].

Por fim, parece importante mencionar que projetos de emenda à Constituição não serão objeto de veto.

Questão que se coloca na doutrina refere-se à natureza jurídica do veto, se um ato de natureza legislativa ou um ato autônomo do Poder Executivo. Pode-se defender que o veto constitui parte na formação das leis, de modo que, sendo a lei resultado de um ato complexo, o veto seria parte do processo legislativo, de formação da própria lei[11]. Para Navarro de Britto, o veto é prerrogativa concedida a um órgão diferente do encarregado de fazer leis; sendo parte do processo de formação das leis, limitando-se a rejeitar as disposições votadas pelo Legislativo. Tal prerrogativa tem o condão de paralisar a adoção de uma lei, opondo-se à aprovação de seu projeto, de modo que não há lei antes que o titular do direito de veto o tenha exercido[12].

Outros entendem que o veto está relacionado à função executiva e, portanto, ato autônomo, independente do processo legislativo[13]. Pauperio informa, em adição, que a

---

10 Nas palavras de Alexandre de Moraes, o veto “Há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao veto analisando-as para convencer-se de sua mantença ou de seu afastamento, com a consequente derrubada do veto” (MORAES, Alexandre. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista dos Tribunais*, v. 817, p. 731-750, nov. 2003).

11 Alexandre de Moares, ao invocar os ensinamentos de Cooley, afirma que a Constituição americana conferia ao Presidente a função de terceiro ramo da legislatura, pois “o Poder é Legislativo, não Executivo, e as questões apresentadas a sua apreciação são exatamente as mesmas que as duas Câmaras do Congresso devem determinar em passar um projeto” (MORAES, Alexandre. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista dos Tribunais*, v. 817, p. 731-750, nov. 2003).

12 BRITTO, Luiz Navarro de. *O veto legislativo.* Estudo comparado. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1966.

13 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n. 83, p. 153, jul.-set. 1984.

maioria dos publicistas o entende como ato de caráter legislativo, embora Montesquieu o tenha concebido como ato de caráter executivo[14].

Há países, a exemplo da Polônia, em que o veto é definitivo; já outros, a exemplo do próprio Brasil, em que o veto é relativo ou superável[15] e pode ser revisto pelo Congresso Nacional, por deliberação da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em sessão conjunta[16].

Tem-se, assim, que o veto pode, a depender da sua revisão ou não pelo Congresso Nacional, revelar-se atividade executiva ou legislativa, configurando freio ou contrapeso, respectivamente, conforme definição anteriormente trazida. Explica-se: se o veto do Presidente não é revisto, poder-se-á considerá-lo como freio, já que se tratou de ato capaz de neutralizar uma decisão anteriormente tomada e, nesse caso, poder-se-á classificá-lo como ato autônomo, resultante do exercício da função executiva. Já se o veto for objeto de revisão por parte do Congresso Nacional, então exercerá função de contrapeso na formação da vontade do Legislativo e, nesse caso específico, configurará atividade de natureza legislativa, integrando-a.

Conforme visto, o veto pode configurar ora freio, ora contrapeso, a depender das circunstâncias que o envolvem.

Já com relação aos demais atos produzidos pelo Poder Executivo, que concorrem para a produção final da legislação, parece-nos que se trata de contrapesos. Isso porque tais atos concorrem, contribuem para a formação da legislação, juntamente com os representantes do Poder Legislativo, porém sem o grau de ingerência/neutralização que o veto possui. Vale dizer, constituem mecanismo de equilíbrio na tomada de determinada decisão, porém não uma ação institucional capaz de neutralizar a decisão de outro Poder.

Tais atos são a iniciativa a projetos de lei[17],bem como a projetos de emenda à Constituição, sanção e promulgação da lei[18].

---

14 PAUPERIO, A. Machado. Veto II. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1982. v. 77, p. 154 a 158.

15 MORAES, Alexandre. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista dos Tribunais*, v. 817, p. 731-750, nov. 2003.

16 CF/1988, art. 57, § 3º, IV c/c art. 47.

17 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva”.

18 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] II – do Presidente da República”.
Deixa-se de mencionar, como contrapeso a ser exercido pelo Executivo sobre o Legislativo, a solicitação de urgência no projeto de lei, de iniciativa do Presidente. Isso porque, a despeito de configurar certa ingerência no processo legislativo,

A iniciativa é, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "o poder de propor a adoção de uma lei como também a apresentação do projeto junto ao órgão competente"[19].

Inicialmente, pelas características que foram atribuídas à lei, de mero instrumento de limitação das liberdades individuais, e não de instrumento de governo, a sua iniciativa não foi outorgada ao Poder Executivo pelas Constituições Francesa de 1791 e Norte-Americana de 1787.

Contudo, com a percepção de que a lei configurava instrumento de conversão de ideais políticos em direito, houve a necessidade de participação no processo de sua formação do Poder Executivo.

De qualquer modo, as matérias que podem ser objeto de iniciativa de lei por parte do Poder Executivo estão expressamente arroladas e encontram-se, em sua maioria, dentro das atribuições que cabem ao Poder Executivo, assim entendidas aquelas de organização geral da Administração. Quanto à iniciativa de emenda à Constituição, qualquer matéria poderá ser apresentada pelo Presidente, desde que respeitadas as limitações circunstanciais (estado de sítio, de defesa ou intervenção federal) e materiais, as quais, diferentemente da iniciativa de leis, impõem-se a todos os que possuem iniciativa de emendas.

Há, ainda, que se tratar dos atos de promulgação e sanção, praticados pelo Poder Executivo, que configuram contrapeso à deliberação já tomada pelo Legislativo, eis que concorrem para o fechamento definitivo do processo legislativo.

A sanção prevista no art. 66, *caput*, da Constituição Federal encontra-se disciplinada

---

esta se revela estritamente formal, não contribuindo materialmente na formação da legislação.

Vale mais uma ressalva no que tange à edição de medida provisória e de lei delegada: embora se trate de funções legislativas desempenhadas pelo Poder Executivo de forma atípica, configurando ingerência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, o estudo de tais figuras parece mais didático no item que tratará dos mecanismos de freios e contrapesos exercidos pelo Legislativo sobre o Executivo, justamente porque o que se propõe a estudar aqui são os instrumentos de controle político: mecanismos de freios e contrapesos, e não o exercício de funções atípicas dos Poderes, embora em alguns casos, como já ressaltado adrede, este possa revelar mecanismos desse jaez. Além disso, a Constituição de 1988 outorgou competência de editar medidas provisórias e leis delegadas ao Poder Executivo expressamente, cabendo, em ambos os casos, o controle ao Poder Legislativo, e não o inverso. O que se quer significar é que os mecanismos de freios e contrapesos, nesses casos, por mais que se trate de exercício de função legislativa de forma atípica, é atribuído ao próprio Poder Legislativo, conforme se verá, já que a atribuição de legislar nesses casos foi transferida ao Poder Executivo. Os ensinamentos de José Levi Mello do Amaral Júnior parecem confluir para a conclusão *supra*, haja vista que a medida provisória "é ato normativo primário e provisório – circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo, desde logo, força, eficácia e valor de lei. Em suma, é materialmente lei. Na prática, a medida provisória funcionava – e continua a funcionar – como um projeto de lei com eficácia antecipada, circunstância essa 'que impõe, em caráter inafastável, a necessidade do pronunciamento parlamentar'" (AMARAL, José Levi Mello. *Medida provisória*: edição e conversão em lei. Teoria e prática. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106). No mesmo sentido, parecem indicar as lições de Anna Cândida Cunha Feraz, ao asseverar que a delegação legislativa consiste na transferência temporária e excepcional do exercício do poder legislativo (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 100). E, por fim, os ensinamentos de Donald Robison, citado por Alexandre de Moraes, ao afirmar que "o presidente tornou-se chefe legislador, não por usurpação, nem mesmo por negligência congressual ou por aquiescência pacífica, mas por delegação positiva congressual" (MORAES, Alexandre. A evolução da atuação do Presidente da República. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 609).

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

da seguinte forma: “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará”. O ato de sanção é responsável pela transformação do projeto de lei aprovado pelo Legislativo em lei.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por meio da sanção fundem-se a vontade do Legislativo, de um lado, e a do Executivo, de outro, de cuja conjunção o constituinte quis que resultasse a lei ordinária. “Só pela sanção é que se aperfeiçoa o processo de elaboração desse tipo de ato normativo”[20].

A sanção, por ser aquiescência com o projeto de lei enviado ao Presidente pelo Congresso – e não o contrário, como ocorre com o veto –, pode ser tácita, caso o Chefe do Executivo não se manifeste sobre o projeto de lei expressamente no prazo de 15 (quinze) dias úteis, de modo que, no silêncio, a lei se torna perfeita e acabada.

Quanto à promulgação, a despeito de ter lugar quando o ato normativo já está perfeito e acabado, constitui fase integratória da eficácia do ato normativo e, portanto, ato a ser praticado pelo Poder Executivo que concorre para que seja atestada como válida e executável no ordenamento jurídico, sem o que não produziria efeitos[21].

De qualquer modo, tal ato, de promulgação, revela mero contrapeso, já que a ausência de promulgação por parte do Presidente da República não tem o condão de impedir a lei de tornar-se perfeita e produzir efeitos. De fato, caso não o faça no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o Presidente do Senado, ou seu Vice-Presidente, o fará[22].

2.1.2 Nomeação de autoridades

Outro contrapeso exercido pelo Poder Executivo sobre o Poder Legislativo é a prerrogativa da qual goza de nomear Ministros do Tribunal de Contas.

Com efeito, ainda que tal contrapeso não se exerça sobre a atividade de legislar propriamente dita do Poder Legislativo, já que, como se verá, o Tribunal de Contas não se encontra em relação de subordinação com o Poder Legislativo, é de se notar que o Congresso Nacional possui atividade fiscalizatória contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, e o Tribunal de Contas é responsável por subsidiá-lo neste *mister*, conforme previsão do art. 71 da Constituição Federal.

Ora, a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de indicar 1/3 dos Ministros do

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.*7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236.

21 Deixa-se de tratar da publicação da lei, embora seja condição de sua eficácia, haja vista não estar disciplinada na Constituição Federal, mas nas Normas Gerais de Introdução ao Código Civil. Sabe-se que a publicação cabe à autoridade que promulga, porém essa regra não está expressa em parte alguma, apenas defluindo da necessidade de dar publicidade à promulgação (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

22 “Art. 66. [...] § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo”.

Tribunal de Contas da União, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, concretiza mecanismo de contrapeso na composição da Corte que auxiliará o Congresso Nacional no parecer sobre as contas do Poder Executivo. Vale dizer, a existência do mecanismo de controle se dá pela possibilidade de nomear ministro que comporá a Corte de Contas e que, portanto, terá influência na tomada de decisão da Corte.

Conforme já teve a oportunidade de pronunciar-se, o Supremo Tribunal Federal entende que:

> Os Tribunais de Contas possuem a atribuição, constitucionalmente estabelecida, de auxiliar o Legislativo no controle da execução do orçamento público e de emitir parecer final sobre as contas da Administração Pública. Visando concretizar o sistema de freios e contrapesos e viabilizar a natureza eminentemente técnica desempenhada por esses órgãos, o constituinte disciplinou modelo heterogêneo de composição, e o fez em dois níveis: partilhou a formação, consoante a autoridade responsável pela indicação, entre os Poderes Legislativo e Executivo (artigo 73, § 2º, incisos I e II) [...]".
>
> Assim, o Constituinte preconizou a formação dos Tribunais de Contas em dois passos: a partilha interpoderes, fundada no princípio da separação de poderes, e a intrapoder, no caso, no âmbito das indicações do Executivo, motivada pela necessidade de conferir expertise e independência ao órgão[23].

2.2 Sobre o Poder Judiciário

2.2.1 Nomeação de autoridades

Contrapeso exercido pelo Poder Executivo sobre o Poder Judiciário é a possibilidade de nomear os membros que comporão os diversos Tribunais. Com efeito, a independência do Poder Judiciário é plena no tocante ao exercício de suas funções, mas é relativa no que concerne à composição dos Tribunais, já que a nomeação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, de um terço do Superior Tribunal de Justiça e de um quinto dos membros dos demais Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, compete, por determinação constitucional[24], ao Presidente da República.

Quanto à escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, possui o Presidente da República a prerrogativa de escolhê-los todos, desde que preenchidos os requisitos de reputação ilibada e notável saber jurídico, e, ainda, desde que superada a sabatina pelo Senado Federal.

Quanto aos demais tribunais mencionados, é importante notar que a escolha do Chefe do Executivo far-se-á dentre membros do Ministério Público e Advogados, todos dotados de reputação ilibada, em três momentos distintos. Para que advogados e

---

23 RE 717.424/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.08.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081126>. Acesso: 5-jan. 2017.

24 CF/1988, arts. 84, XVI, 94, 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, II, 120, § 1º, III, e 123.

promotores sejam definitivamente indicados pelo Chefe do Poder Executivo para ocupar uma vaga no assento dos magistrados, é preciso que os candidatos tenham se inscrito no respectivo órgão representante da classe ou da função (Conselho Seccional ou Federal da OAB ou Colégio de Procuradores). Tais órgãos, num primeiro momento, elaborarão uma lista sêxtupla, remetendo-a ao Tribunal cuja vaga está aberta. Este, num segundo momento, eliminará três dos nomes indicados. Feito esse filtro pelo próprio Poder Judiciário, a lista tríplice segue ao Chefe do Poder Executivo, que escolherá um nome.

Conforme leciona Gilberto Bercovici, ao emitir parecer sobre os critérios constitucionais que vinculam a escolha dos integrantes de lista tríplice para Tribunal Federal por parte do Presidente da República, a nomeação por este consiste em exteriorização do princípio da harmonia entre os Poderes. Citando na peça opinativa o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirma que a escolha pelo Presidente da República dos membros dos tribunais é função institucional de alto relevo, que integra o processo de legitimação política dos órgãos judiciários superiores[25].

Ao comentar o instituto do quinto constitucional, alerta Francisco Peçanha Martins sobre sua função renovadora e de reciclagem na composição dos Tribunais, já que permite, por meio da participação de advogados e membros do Ministério Público, com vivências jurídicas distintas, uma visão ampla das realidades da vida social, a sagacidade e a firmeza na defesa das teses jurídicas, bem como a oxigenação necessária dos Tribunais, pela presença dos "cavaleiros andantes do direito, advogados e promotores"[26], sendo essa "velha recomendação de eminentes mestres do direito [...]"[27].

Paulo Adi Casseb afirma que Hamilton, ao tratar da nomeação dos Ministros da Suprema Corte Norte-Americana, manifestou-se favoravelmente, sob o argumento de que a atribuição de tal competência ao Presidente da República encontra fundamento no fato de que o Chefe do Poder Executivo está mais capacitado para avaliar e valorar as qualidades peculiares daqueles que devem ocupar tão importantes cargos. Ademais, assinala a probabilidade de a escolha recair sobre homem de mérito, ou ao menos de respeito[28].

De qualquer modo, seja por meio do instituto do quinto constitucional, da escolha de um terço dos membros do Superior Tribunal de Justiça, ou, ainda, da escolha da totalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de que dispõe o Chefe do Executivo configura interferência de um Poder sobre outro e consagra forma de controle que serve para equilibrar a distribuição e o exercício de funções. Nesse sentido são os

---

25 BERCOVICI, Gilberto. Escolha de integrantes de Tribunais Regionais do Trabalho por meio de lista tríplice ato de natureza mista da Presidência da República. *Revista dos Tribunais*, v. 929, p. 123-135, mar. 2013.

26 MARTINS, Francisco Peçanha. Quinto Constitucional e a renovação do Poder Judiciário. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, ano 33, n. 33, p. 1-8, set.-dez. 2005

27 Ibidem.

28 CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos da forma de designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: MENEZES, Fernando et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 573-587.

ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz. De acordo com a autora, a intervenção de um Poder sobre o outro no que tange a sua composição revela "instrumento próprio do controle político ou ínsito do sistema de freios e contrapesos, propício a conduzir ao equilíbrio e à harmonia entre os Poderes que participam do ato"[29].

Embora existam entendimentos no sentido de que a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República[30] atesta contra a independência do Poder Judiciário[31], discorda-se de tal posicionamento pelas razões seguintes.

Um dos argumentos utilizados é de que a nomeação do Presidente da República não se justifica, dado que inexistiu um excesso cometido pelo Poder Judiciário, vale dizer, somente se justifica a interferência de um Poder sobre o outro quando houver abuso das atribuições que lhe foram previstas[32].

---

29 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 26.

30 Atente-se para o fato de que tal contrapeso não é exercido sem outro contrapeso, de titularidade, por sua vez, do Poder Legislativo, que, como se verá, necessita aprovar tal indicação.

31 A esse respeito, segue trecho de interessante artigo de autoria de Luiz Flávio Gomes, em que defende que a nomeação de juízes fere a separação de poderes e estimula a corrupção e a cleptocracia (governo de ladrões). "A escolha e a nomeação 'política' dos ministros dos tribunais superiores (assim como de outros órgãos de controle e fiscalização) pelo Presidente da República (como ainda hoje acontece no Brasil) retratam um dos mais graves defeitos na nossa Justiça. Há outros, mas esse é bastante grave. É vício que vem da monarquia.

Esse vício da 'indicação e escolha política' do juiz faz com que a separação dos poderes seja, quase sempre, uma utopia. Nesse sentido, se parece com a democracia real (ou republicana): é uma quimera. Quando mais cresce a cleptocracia menor fica a democracia.

O sistema de investidura dos ministros (e outros cargos de controle) em suas funções merece aprimoramento, porque frequentemente eles são chamados a julgar os atos da presidência ou de integrantes do seu partido.

As castas (os donos cleptocratas dos poderes político, administrativo, militar, econômico, financeiro e corporativo), que já contam – alguns deles – com foro especial, não podem também escolher 'seus juízes' (que com elas possuem afinidades, no mínimo, ideológicas ou a mesma visão de mundo). A combinação do foro privilegiado + nomeação do juiz que vai julgar o nomeante é uma cleptonitroglicerina pura.

A Justiça, antes de tudo, tem que ser independente frente ao governo e ao legislador. Onde os juízes não são independentes, só resulta a 'harmonia', que não passa de subserviência ou cleptoconivência" (GOMES, Luiz Flávio. *Nomeações políticas para o Judiciário: apadrinhamento nas cleptocracias.* Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/nomeacoes-politicas-para-o-judiciario-apadrinhamento- nas-cleptocracias/>. Acesso: 11- jan. 2017).

Ainda, no mesmo sentido de que a nomeação pelo Chefe do Executivo de juízes fere a independência do Poder Judiciário, vale conferir a obra de Francisco Gérson Marques de Lima: "Um indicador preocupante, já mencionado neste estudo, é o que se tem chamado de *compromisso de toga,* através do que o Ministro nomeado assumiria compromissos com o Presidente da República, que o nomeara para o cargo, e com outros responsáveis pela sua nomeação. A figura do fiel escudeiro do Governo na Corte é humanamente de se esperar, considerando a forma de escolha (indicação e nomeação) dos Ministros do STF. Em primeiro lugar, a indicação se dá mediante uma afinidade ideológica, senão de amizade entre pessoas que integram o Poder; em segundo lugar, é natural que a autoridade nomeada ostente uma certa gratidão por quantos contribuíram para sua nomeação." (LIMA, Francisco Gerson Marques. *O Supremo Tribunal Federal na crise constitucional brasileira*: estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 269-270).

Ainda no mesmo sentido, confira-se MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

32 Nesse sentido é o artigo publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, de autoria de Renato Vaquelli Fazanaro: "Assim, por essa forma de organização do Poder, cada órgão supremo tem sua zona de atuação delimitada, e só há que se falar na interferência de um sobre o outro quando for para impedir eventuais abusos, afastando-se qualquer tentativa de dominação ou cooptação. [...] Pelo exposto, resta claro que a interferência que o Executivo exerce no Judiciário não visa impedir qualquer abuso de poder. Pelo contrário, gera desequilíbrio institucional e dá azo à cooptação do primeiro ao segundo, ferindo explicitamente, assim, a teoria da separação dos Poderes" (FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 89, p. 217-274, out.-dez. 2014).

Tal raciocínio não parece estar imune a críticas, na medida em que não parte da premissa de que freios e contrapesos são conceitos distintos, daí a confusão ao afirmar que não houve um prévio abuso do Poder Judiciário que deveria ser freado e justificaria a intervenção do Poder Executivo. É que a nomeação de magistrados pelo Presidente da República não configura freio, mas mero contrapeso, e não pressupõe, bem por isso, um abuso, já que é instrumento que propicia a participação dos demais Poderes na tomada de decisão do Poder Judiciário.

Ora, a prerrogativa de nomear, partindo da distinção entre freios e contrapesos exposta neste trabalho, não constitui freio, evidentemente, mas mero contrapeso. Vale dizer, é mecanismo que visa a equilibrar, com a participação dos demais Poderes, a decisão a ser tomada por outro Poder.

O segundo argumento contra a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de nomear magistrados dos tribunais é que fere a independência do Poder Judiciário.

Todavia, tal prerrogativa não visa a, de maneira alguma, aniquilar a independência dos Tribunais, mas a legitimar a tomada de decisões, já que o Poder Judiciário, por si só, não possui legitimidade representativa e, em certo grau, necessita de certa participação popular na sua composição, o que, neste caso, é feito por meio de escolha dos representantes do povo.

Ainda, a mera escolha dos membros dos Tribunais cumpre muito timidamente, a nosso ver, a função de contrapeso, em vista da garantia da vitaliciedade que é outorgada constitucionalmente aos membros da magistratura. Se alguma influência política pudesse ser atribuída ao Executivo na tomada de decisões pelo Judiciário, esta não duraria sequer um dia, eis que tais membros, uma vez nomeados e empossados, gozam automaticamente da vitaliciedade[33]. Esta constitui, é forçoso admitir, forte e poderoso escudo contra a influência política.

Importante notar, de todo modo, que o fato de o Poder Judiciário sofrer controles decorrentes dos mecanismos de freios e contrapesos – ainda que, conforme se demonstrará, este seja o Poder menos controlado dentre os três – não retira sua independência, nem fere a separação dos poderes. Em primeiro lugar, porque, se assim fosse, poder-se-ia afirmar

33 Paulo Adib Casseb, em defesa do modelo brasileiro de escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal, pondera que, a despeito da previsão constitucional de livre nomeação pelo Presidente, autoridade política, "a vitaliciedade assegurada aos Ministros mitiga eventuais maus reflexos das designações políticas", já que a lógica desse mecanismo é: "os Presidentes da República passam, enquanto os Ministros permanecem" (CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos da forma de designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: MENEZES, Fernando et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 584).

Clémerson Merlin Clève, compactuando do mesmo entendimento, afirma que: "O sistema de investidura adotado pelo Brasil, combinando concurso público para ingresso na carreira e nomeação, observados os requisitos impostos pelo Constituinte, para os cargos dos Tribunais Superiores e alguns daqueles dos Tribunais de Segunda Instância (o famoso quinto constitucional: art. 94 da CF), constitui modelo que desmerece críticas. Está perfeitamente ajustado à realidade brasileira" (CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito).* São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 42).

que nenhum Poder é independente, já que todos sofrem controles dos demais, sendo este, aliás, o tema deste estudo. Em segundo lugar, consoante já se teve a oportunidade de aprofundar, a existência de controles recíprocos é instrumento que visa justamente a aprimorar a teoria da separação dos poderes, tendo como escopo último assegurar os direitos do cidadão, já que tal sistema – de freios e contrapesos – foi concebido justamente para evitar abusos, por meio da concretização de controles recíprocos.

Acresça-se, por fim, a prerrogativa de que goza o Presidente da República de nomear os membros que compõem o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com exceção do Presidente e Vice-Presidente do órgão, sendo oito indicados pelos Tribunais, dois pelo Procurador-Geral da República, dois pelas Casas do Congresso e dois pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, após aprovação do Senado Federal (art. 103-B da CF/1988).

2.2.2 Participação na fixação de subsídios

A possibilidade de sanção, e notadamente de veto, do Presidente da República sobre a lei que disponha acerca da fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 48, *caput* e XV, da CF/1988, configura mecanismo de contrapeso ou de freio, a depender se houve sanção ou veto, conforme já explicitado acima, sobre as atribuições do Poder Judiciário.

Diz-se isso, pois a prerrogativa de, de certa forma, determinar o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mediante sanção ou veto, gera ingerência indireta sobre as atribuições do Poder Judiciário. Com efeito, o valor do subsídio dos magistrados está diretamente ligado à forma como as suas atribuições serão desempenhadas. Portanto, não há como separar de forma radical o valor do subsídio dos magistrados do desempenho que irão ter, fazendo com que, ainda que de forma indireta, a possibilidade de sancionar ou vetar o valor do subsídio configure, respectivamente, um contrapeso ou freio ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, interessante parecer foi emitido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN – Parecer PGFN/CJU/COJPN 1603/2012 – acerca do Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição Federal – PEC 5, de 2011, que alterava os arts. 29, 37, 40, 48 e 49 da Constituição Federal. Especificamente no que se referia à alteração do art. 49, VII, propunha-se o estabelecimento da competência exclusiva do Congresso Nacional para fixar o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Quanto à matéria, assim manifestou-se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

> Diante do exposto, tendo em vista que: (*a*) a ***sanção presidencial***, como fase do processo legislativo, é mecanismo medular e inerente ao sistema de freios e contrapesos que caracteriza o modelo da ***separação de poderes*** concebido pela Ordem Constitucional de 1988; e (*b*) a PEC nº 5, de 2011, pretende

excluir da possibilidade de sanção ou veto presidencial, na forma do art. 66 da Constituição, as proposições que versem sobre o subsídio dos Ministros da Excelsa Corte; decorre a conclusão de que ***o art. 3º da Proposta em comento, bem como seu art. 4º, na parte em que pretende revogar o inciso XV do art. 48 da Constituição, violam os limites materiais impostos pela Carta Política de 1988 ao poder constituinte derivado reformador, ao afrontar a*** cláusula pétrea ***da separação dos poderes***[34]. (grifos do original)

2.2.3 Indulto e comutação de pena

Por fim, a possibilidade de conceder indulto (causa de extinção da punibilidade, conforme o art. 107, II, do Código Penal) e comutar penas (abatimento de parte da pena, que passa a ser dispensada) configura freio à atividade judiciária, eis que, pelo instrumento do decreto, o Chefe do Executivo pode neutralizar uma decisão anteriormente tomada pelo Poder Judiciário (art. 84, XII, da CF/1988).

É importante anotar, contudo, que a decisão do Chefe do Poder Executivo não prescinde da oitiva do Ministério Público e do Conselho Penitenciário, conforme disposto na Lei de Execução Penal (arts. 187 a 193 da Lei federal 7.210/1984).

34 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CJU/COJPN 1603/2012, ago. 2012. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/16032012>. Acesso: 11- jan. 2017.

O PODER LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: FREIOS E CONTRAPESOS

Neste item, serão analisados os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre os Poderes Executivo e Judiciário.

1 I SOBRE O PODER EXECUTIVO

Os freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo podem recair sobre cinco tipos de atividades: (i) funções típicas do Chefe do Poder Executivo; (ii) funções atípicas de legislar atribuídas ao Poder Executivo pela própria Constituição Federal; (iii) contas prestadas pelo Poder Executivo, que configura o controle financeiro; (iv) fixação do subsídio do Presidente da República; e (v) condutas infracionais do Chefe do Poder Executivo.

1.1 Funções típicas

No que se refere ao primeiro controle supramencionado, a exigência constitucional de os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal elegerem cidadãos para compor o Conselho da República, conforme os arts. 51, V, e 52, XIV, respectivamente, da CF/1988, bem como de participarem, obrigatoriamente, por disposição constitucional, deste Conselho (art. 89, II a V) configura contrapeso. Com efeito, referidos dispositivos preveem expressamente que participarão de tal Conselho tanto os Presidentes das duas Casas Legislativas quanto os líderes da maioria e da minoria das duas Casas.

Como cediço, o Conselho da República possui poderes de assessoramento e até deliberativos para cuidar de assuntos típicos de governo, inerentes à administração do Estado, *e.g.*, intervenção federal, declaração do estado de sítio ou, ainda, estabilidade das instituições democráticas. Referido Conselho é regido pela Lei federal 8.041/1990. Desse modo, a participação do Poder Legislativo na composição desses Conselhos Constitucionais, que possuem atribuições privativas do Poder Executivo (*i.e.*, declarar o estado de sítio e a intervenção federal é competência privativa do Chefe do Poder Executivo, por força do art. 84, IX, da CF/1988), concretiza mecanismo de contrapeso, já que possibilita a participação do Poder Legislativo na formação da decisão de competência exclusiva do Poder Executivo.

Os membros do Poder Legislativo são, ainda, chamados a compor o Conselho de Defesa Nacional, outro órgão constitucional de consulta do Presidente da República. Os assuntos com relação aos quais o Conselho de Defesa Nacional pode ser convocado são típicos atos de competência do Executivo, tais como (i) opinar nas hipóteses de celebração de guerra e paz; (ii) opinar sobre a decretação de estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal; (iii) propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis

à segurança nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira; e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; e (iv) estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado Democrático de Direito (art. 91, §1°, da CF/1988).

Tais atribuições, embora de titularidade do Presidente da República, não são desempenhadas sem a consulta ao Poder Legislativo, conforme se verifica da composição do Conselho de Defesa Nacional, que abriga a Presidência da Câmara e do Senado, conforme o art. 90, II e III, da CF/1988.

Vale anotar, ainda, que o art. 84 da CF/1988, que trata especificamente das competências privativas do Presidente da República, prevê a participação do Poder Legislativo, configurando contrapeso nas seguintes atividades típicas de atos de governo: declaração de guerra em caso de agressão estrangeira, autorizada pelo Congresso Nacional ou referendada por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretação, total ou parcial, de mobilização nacional; e celebração de paz, autorizada ou com o referendo do Congresso Nacional.

Parece indispensável mencionar, ao tratar-se de controle das funções típicas do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, a atribuição outorgada a este último de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, bem como autorizar a ausência do Presidente e do Vice-Presidente do país, quando esta ultrapassar 15 (quinze) dias (art. 48, I e III). Note-se que, nesses casos, o Poder Legislativo exerce freios, já que as ações a serem praticadas por ele são capazes de neutralizar as decisões do Poder Executivo.

Não se pode deixar de aludir à prerrogativa de que goza o Congresso Nacional de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V, da CF/1988), assim entendido aquele poder de que dispõe o Executivo de regulamentar leis para sua fiel execução. Tal prerrogativa configura, dentro daqueles conceitos já explicitados, mecanismo de freio.

1.2 Funções atípicas

Como se teve a oportunidade de mencionar adrede, há atividades atípicas, desenvolvidas pelos Poderes, que não necessariamente se apresentam como freios ou contrapesos. Este é o caso, ao que tudo inidica, das funções atípicas de legislar outorgadas ao Poder Executivo, como a edição de medidas provisórias ou, ainda, de leis delegadas.

Pensa-se, a esse respeito, que o controle exercido pelo titular original de tais atribuições – o Poder Legislativo – é o verdadeiro responsável por impor ao Poder Executivo, nestes casos, mecanismos de freios.

A medida provisória, por tratar-se de produto de exercício de função atípica, é, por

si só, instrumento materialmente limitado pela Constituição Federal. Além do limite material existente, sofre, ainda, o controle do Congresso Nacional, que possui a prerrogativa de decidir sobre a sua manutenção e a de seus efeitos. De acordo com o art. 62, § 2º, da CF/1988, as medidas provisórias que não forem convertidas em lei no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável pelo mesmo prazo, pelo Congresso Nacional, perderão eficácia. Ainda, no caso de o Congresso Nacional deliberar pela não conversão de medida provisória em lei, ou havendo perda de sua eficácia, deverá disciplinar, no prazo de 60 (sessenta) dias contado de sua edição, por meio de decreto legislativo, sobre as relações jurídicas decorrentes da sua edição. Caso não o edite no prazo mencionado, a medida provisória continuará regendo as situações jurídicas que sob sua égide foram produzidas.

Seguindo a divisão conceitual entre freios e contrapesos, afirma-se que, caso o Congresso Nacional decida por não converter a medida provisória em lei, ou decida por fazer com que perca a eficácia pelo decurso do prazo, exercerá mecanismo de freio, pois a sua não conversão em lei possui o condão de paralisar os efeitos da medida provisória. E, ainda que não edite decreto legislativo visando a regular os seus efeitos no período em que esteve vigente, o Congresso Nacional, ao não deliberar sobre a medida provisória, restringe a aplicação de seus efeitos às situações jurídicas que se formaram naquele período de tempo, impedindo que continue a produzir efeitos com relação a novas relações jurídicas.

A lei delegada também sofre, além do controle do Poder Legislativo, limitação material pela Constituição Federal[1], por caracterizar-se pelo exercício de função atípica.

O Presidente da República elaborará as leis delegadas, e, para tanto, deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional, iniciativa esta exclusiva e discricionária do Chefe do Poder Executivo.

Encaminhada a solicitação ao Congresso Nacional, que deverá explicitar o assunto (respeitadas as vedações materiais), esta será submetida às Casas do Congresso Nacional e, sendo aprovada, terá a forma de resolução, a qual especificará as regras sobre seu conteúdo e os termos de seu exercício. Com o retorno da resolução ao Chefe do Poder Executivo, este elaborará a lei, a promulgará e publicará, esgotando-se o processo legislativo dentro do próprio Poder Executivo (delegação própria). Nesse caso, o Poder Legislativo participa na formação da lei delegada pelo Poder Executivo, sendo mero contrapeso.

Contudo, poderá o Congresso Nacional, se assim quiser, efetuar novo controle sobre a delegação, estabelecendo na resolução que concedeu a delegação (primeiro controle)

1 “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. [...]”.

que o projeto elaborado pelo Presidente retorne ao Legislativo para apreciação em votação única, vedada a apresentação de emendas (delegação imprópria). Aqui ter-se-á, além do contrapeso, o exercício do freio, já que o Legislativo apreciará o projeto do Executivo em votação única.

Por fim, em qualquer dos casos, tratando-se de delegação própria ou imprópria, compete ao Congresso Nacional, por força do art. 49, V, da CF/1988, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites de delegação legislativa. Nesse caso, ter-se-á sempre um freio, pois a sustação do ato permite a paralização de seus efeitos.

Nas palavras de Anna Cândida Cunha Ferraz,

> O Legislativo, ao exercer esse poder congressual de sustar regulamentos ou lei delegada, interfere na função constitucional normativa do Executivo. De fato, o legislativo não exerce "apenas" o controle, puro e simples, da lei (no caso do regulamento) ou da lei delegada (no caso de delegação), mas, ao contrário, fiscaliza a própria atuação do Executivo. Sem sombra de dúvida, pois, trata-se de interferência na partilha constitucional de competências. Configura-se, assim, a sustação controle de constitucionalidade semelhante àquele exercido pelo Poder Judiciário ao declarar um ato normativo inválido[2].

1.3 Nomeação de autoridades

A Constituição Federal outorga ao Senado Federal, em seu art. 52, III, "d", a competência para aprovar, por voto secreto, após arguição pública, a escolha do Presidente e diretores do Banco Central, bem como autoriza, na alínea "f", do mesmo dispositivo, que lei crie outras hipóteses de aprovação pelo Senado de escolha de titulares de outros cargos. A Lei federal n° 9.986/2000, ao dar eficácia ao referido dispositivo, estabeleceu, em seu artigo 5°, além de requisitos objetivos para o preenchimento dos cargos de que trata, que o Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) das agências reguladoras sejam escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal.

O Banco Central, sabe-se, é autarquia federal, conforme dicção do art. 8º da Lei

---

2 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 209.
Dirceu Torrecillas Ramos, ao tratar do poder do Congresso de sustar os atos do Executivo, chega a afirmar, inclusive, que a possibilidade de sustar atos do Executivo pelo Legislativo se aproxima de um ato típico do Poder Judiciário, conforme segue: "Com relação à Lei Delegada, demonstra que o constituinte brasileiro introduziu uma modalidade 'sui generis' de controle político 'a posteriori' o que seria apropriado ao controle jurisdicional da competência do Poder Judiciário. Embora não represente uma invasão no âmbito de atuação do Poder Executivo, a sustação congressual gera o conflito entre o Legislativo e o Executivo, além de envolver, como se disse, o Poder Judiciário. Evidentemente, trata-se aqui de determinar quais os limites da delegação legislativa para saber se o executivo exorbitou. Quem vai definir esta questão? O Legislativo ou o Executivo? Parece-nos que esta é uma função do Poder Judiciário" (RAMOS, Dirceu Torrecillas. O controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 97-104, abr.-jun. 1995).

federal nº 4.595[3]. Compõe, pois, a Administração Indireta do Poder Executivo Federal.

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, que compõem também a administração indireta. Possuem regime jurídico semelhante ao das autarquias, porém lhes é atribuída maior autonomia no desempenho de suas competências em relação à administração direta (não havendo vínculo hierárquico entres elas e a administração direta); maior estabilidade de seus dirigentes; bem como a possibilidade de emanar normas regulamentares exclusivas. Às agências reguladoras são atribuídas parcelas de competência do Poder Executivo, já que regulam e fiscalizam os setores que lhe são afetos, permitindo-lhes gerir as atribuições que lhe são outorgadas com especificidade técnica[4].

Justamente por se tratar de pessoas jurídicas que compõem a Administração Indireta – tanto o Banco Central, como as agências reguladoras -, e por desempenharem parcela das atribuições do Poder Executivo, pode-se afirmar que a aprovação, pelo Senado, da nomeação de seus Presidentes e Diretores configura mecanismo de contrapeso exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo. Com efeito, sabe-se que, em regra, as nomeações para os cargos comissionados dentro do próprio Executivo não contam com a participação do Poder Legislativo, afigurando-se a sua participação na nomeação de Presidentes e Diretores das agências reguladoras situação atípica que revela mecanismos de contrapeso.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n°1949/RS, entendeu constitucional a previsão do art. 7° da Lei n° 10.931/97, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), cuja regra determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorra após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. O Ministro Marco Aurélio, ao manifestar-se sobre o pedido cautelar nos autos da ADI, a despeito de entender não se tratar de preceito de repetição obrigatória nas constituições estaduais, afirmou que a previsão da Constituição Federal "mitigou a independência dos Poderes"[5]. Vale dizer, assim, que a norma referida comporta ingerência de um Poder sobre outro e, portanto, configura mecanismo de contrapeso.

---

3 "Art. 8º A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda da apropriação dos juros e rendas resultantes, na data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado."

4 Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica duas espécies de agências reguladoras no direito brasileiro:
(i) "as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão", cita, como exemplo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou, ainda, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); e (ii) "as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço púbico (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias, etc)." (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo.* 30.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 601-602).

5 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1949/RS. Relator PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 25/11/2005, p.00005.

1.4 Controle financeiro

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o controle do Legislativo sobre o Executivo é anterior à própria função de legislar, encontrando respaldo na Carta Magna, que, conforme já visto anteriormente, condiciona a instituição de tributos ao consentimento do Parlamento. Se, inicialmente, esse controle se referia à instituição de impostos, passou-se a exercer também sobre a forma como os recursos por meio deles obtidos são utilizados[6].

A distribuição constitucional de competências em matéria financeira, delimitando quais são os órgãos responsáveis pelo controle e quais as suas atribuições na condução da atividade financeira do Estado, evidencia um sistema de freios e contrapesos, já que a Constituição outorga ao Poder Legislativo o controle do Poder Executivo nessa seara.

Embora se tenha ciência de que o controle dos atos da administração pública seja também realizado pelo Tribunal de Contas, dele não se tratará neste item, eis que tal Corte efetua controle sobre as unidades administrativas dos demais Poderes, Legislativo e Judiciário, e não apenas sobre o Executivo. Ademais, o Tribunal de Contas, a despeito de ser órgão de auxílio do Legislativo, é independente e possui competência para fiscalizar, inclusive, as contas do próprio Legislativo.

Nesse sentido, corroboram as seguintes palavras de Odete Medauar:

> Mais adequada apresenta-se a expressão controle parlamentar ou ainda "controle do Poder Legislativo", que revela de imediato a referência à fiscalização exercida pelo Parlamento ou Poder Legislativo.
>
> Pondere-se, ainda, que sob os termos "controle parlamentar", não se abrange, neste trabalho, a vigilância que sobre a Administração exercem instituições ou entidades que extraem do Parlamento sua força ou que significariam o prolongamento deste Poder; tais entes, de regra, [...], caracterizam-se pela independência institucional que lhes é assegurada e pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo ou a qualquer outro poder; não se inserem, desse modo, na estrutura interna do legislativo e, desse modo, não configuram controle parlamentar. É o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas e do "Ombudsman". Sob a rubrica "controle parlamentar" serão estudados somente os mecanismos de fiscalização emanados diretamente das casas legislativas; é a chamada "via parlamentar pura" [...][7].

Portanto, tendo em vista a independência da Corte de Contas no seu *mister* fiscalizatório e, ainda, levando em conta que o objetivo deste trabalho é comparar os freios e contrapesos existentes com relação aos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, não parece interessante tratar o controle efetuado pelo Tribunal de Contas dentro de cada um dos Poderes, individualmente, mas em tópico apartado, já que não se trata de controle exercido sobre um Poder especificamente, mas sobre todos, insuscetível de causar desequilíbrio na balança de suas atribuições.

---

6 FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

7 MEDAUAR, Odete. Controle parlamentar da administração. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 111-130, jul.-set. 1990.

Pois bem. Feitas essas considerações preliminares, é importante notar que, por força do art. 49, IX e X, da CF/1988, o Congresso Nacional possui a competência de julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e de apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo, bem como de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. A prestação de contas por parte do Chefe do Poder Executivo tem por finalidade apresentar as atividades financeiras da administração pública sob sua responsabilidade, demonstrando os resultados da ação governamental no que se refere ao cumprimento dos programas orçamentários no período, cumprimento das aplicações de recursos constitucionais, respeito aos limites de gastos com pessoal. Trata-se de informações que permitirão ao Congresso Nacional avaliar de forma global as contas e a sua aderência ao planejamento governamental, vale dizer, trata-se de avaliação da gestão desenvolvida pelo Chefe do Poder Executivo de forma ampla, global, sem grandes preocupações com os detalhes e aspectos formais. A apreciação das contas aqui possui cunho político e está sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, e o parecer prévio do Tribunal de Contas possui função de subsidiar, e não de vincular a decisão do Congresso[8].

Pode-se, ainda, fazer alusão, no âmbito do controle financeiro exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo, ao controle de endividamento. Conforme ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, “[...] cabe ao Senado Federal uma função vital de controle de endividamento público, fixando os limites dentro dos quais as Administrações da União, Estados e Municípios podem transitar na matéria (art. 52, incisos V a IX).[9]”

Embora o controle financeiro não se afigure um freio sobre as atribuições típicas do Poder Executivo propriamente ditas, é importante lembrar que o desenvolvimento regular das atribuições está imbricado à utilização legal dos recursos públicos, de modo que, ainda que indiretamente, o controle das contas constitui um freio ao livre exercício das atribuições do Poder Executivo[10].

---

8 CONTI, José Maurício. Supremo gera polêmica ao decidir sobre julgamento de contas de prefeitos. *Consultor Jurídico.* São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago- 23/contas-vista-stf-gera-polemica-decidir--julgamento-contas-prefeitos>. Acesso: 16-jan. 2017.

9 BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público*, n. 32, p. 185-206, 2000, p. 199.

10 O Tribunal de Contas, órgão auxiliar do controle externo do Congresso Nacional, possui, de acordo com o art. 71 da Constituição Federal, prerrogativas de (i) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; (ii) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (iii) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (iv) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas do Executivo; (v) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado

1.5 Fixação de subsídios

Ainda, a possibilidade de o Congresso Nacional, por força do art. 49, VIII, fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado deve ser mencionada como freio indireto que incide sobre o Poder Executivo[11]. Aqui valem as mesmas observações feitas quanto à competência do Presidente da República para a fixação do subsídio dos Ministros do STF, ou seja, a prerrogativa de que dispõe o Poder Legislativo de determinar o valor do subsídio do Presidente e do Vice-Presidente da República, e de seus Ministros de Estado, gera ingerência indireta sobre as atribuições do Poder Executivo. Com efeito, o valor do subsídio das autoridades citadas está diretamente ligado à forma como as suas atribuições serão desempenhadas.

Portanto, não há como separar de forma radical o valor do subsídio de tais membros do Poder Executivo do desempenho que terão dentro de seus *misteres*.

1.6 Infrações

Tanto as infrações penais comuns quanto os crimes de responsabilidade, ambos praticados pelo Chefe do Poder Executivo, são objeto de controle pelo Poder Legislativo.

As condutas que configuram crimes de responsabilidade estão capituladas, de forma genérica, no art. 85 da Constituição Federal, e podem ser classificadas, conforme ensinamento de José Afonso da Silva[12], em infrações políticas: atentado contra a existência da União, contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, contra a segurança interna do país (incisos I a IV); e em crimes funcionais: atentar contra a probidade na administração, contra a lei orçamentária e contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais (incisos V a VII).

Relembra José Cretella Júnior que houve épocas em que o Chefe do Governo não sofria qualquer tipo de limitação no exercício do poder, agindo livremente e acarretando abusos de toda espécie, suportados pelo povo, que não possuía instrumentos jurídicos para se proteger. Trata-se da época da irresponsabilidade absoluta, refletida na fórmula "The King can do no wrong"[13].

---

constitutivo; (vi) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; (vii) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, inclusive multa proporcional ao dano causado ao erário; (viii) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (ix) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; (x) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

11 O Congresso Nacional possui, ainda, a prerrogativa de fixar os subsídios dos Deputados Federais e Senadores, por força do art. 49, VII da CF/1988. Porém, tal prerrogativa não se afigura medida de freio ou contrapeso, haja vista tratar-se de prerrogativa a ser exercida sobre seus próprios membros.

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

13 CRETELLA JR., José. Natureza jurídica do *impeachment* no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 4, p. 497-510, maio 2011.

Àquela época, contudo, não se conhecia – ou não se praticava – o sistema de freios e contrapesos, "essencial nos regimes constitucionais que repelem a tirania e colocam, acima de tudo, as liberdades públicas"[14].

Contudo, nos países democráticos, surge a necessidade de todos responderem perante a lei, desaparecendo os privilégios. Assim, a possibilidade de sofrer processo por prática de crime de responsabilidade permite que os titulares do poder dele se dispam, para serem acusados e julgados.

Fides Omatti, ao citar Paulino Jacques, afirma que "a teoria da responsabilidade, em matéria política, embora não se confunda com a da limitação dos poderes, dela muito se aproxima, porque, na verdade, é a sanção dessa limitação"[15]. Assim, a responsabilização é necessária à manutenção da ordem pública e dos preceitos fundamentais da Constituição.

A Lei federal 1.079/1950 estabelece as normas de processo de julgamento das figuras típicas arroladas no art. 85 da CF/1988. Esclarece Luís Roberto Barroso que crimes de responsabilidade são aqueles suscetíveis de ser praticados por determinados agentes políticos, em razão dos cargos públicos que ocupam e que, a despeito de o termo *impeachment* não ser empregado no texto constitucional ou na legislação, é utilizado, de forma ampla, para identificar o processo mediante o qual se promove a apuração e o julgamento dos crimes de responsabilidade[16], cuja finalidade é impedir a permanência no poder daquele que desmereceu a confiança popular, por havê-la abalado[17].

O art. 86 da CF/1988 divide o processo de julgamento em duas partes: juízo de admissibilidade e processo de julgamento, lembrando que a acusação pode ser feita por qualquer brasileiro perante a Câmara dos Deputados. Uma vez admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Senado Federal, mediante a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade. O Senado Federal, poderá condenar o Presidente da República, mediante dois terços dos votos, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único da CF/1988).

Cabe aqui relembrar que, desde o advento da Constituição de 1988[18], dois Presidentes já sofreram condenação em processo de *impeachment*, tendo perdido o mandato em decorrência da instauração do procedimento. São eles o ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello e, mais recentemente, a ex-Presidente Dilma Rousseff.

---

14 Ibidem.

15 OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. *R. Inf. Legisl.*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 65, jul.-set. 1977.

16 BARROSO, Luís Roberto. Crimes de responsabilidade e processo de *impeachment* – descabimento contra secretário de estado que deixou o cargo. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 3, p. 615-632, maio 2011.

17 CRETELLA JR., José. Natureza jurídica do *impeachment* no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 4, p. 497-510, maio 2011.

18 Embora o crime de *impeachment* estivesse presente em todas as Constituições do Brasil.

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 86, por ocasião do processo de impedimento da ex-Presidente Dilma Rousseff, por 9 votos a 2, foi a de que a Câmara dá autorização para que o Senado julgue, porém esta é apenas uma autorização e não uma determinação, conforme entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso[19].Desse modo, a votação a favor da instauração do processo de impedimento na Câmara não tem o condão de afastar, imediatamente, o Presidente da República, o que só ocorrerá com o julgamento a favor do prosseguimento do processo pelo Senado Federal.

A decisão do Senado Federal é incontestável, irrecorrível e irreversível, definitiva, já que a Constituição Federal elegeu esse órgão do Poder Legislativo como órgão supremo no julgamento político do Presidente da República.

Trata-se, evidentemente, de mecanismo de freio indireto aos eventuais abusos cometidos pelo Presidente da República no exercício da função, eis que a responsabilização política do Presidente da República acarretará a perda do cargo, com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública (art. 52, parágrafo único). Relembra-se, aqui, que o Senado já teve a oportunidade de decidir que, ainda que o responsabilizado renuncie ao cargo, esse fato não impede que seja aplicada a pena de inabilitação para o exercício da função pública.

Resumidamente, ensina Sergio Resende de Barros que

> Genericamente, o ***impeachment*** é um processo destinado a apurar e punir condutas antiéticas graves, instaurado, processado e julgado por um órgão legislativo, contra um agente público, para impedi-lo de continuar no exercício da função pública. Surgiu na Inglaterra como processo criminal, cujas penas incluíam multas e prisão. ***Daí, passou aos Estados Unidos, onde perdeu a natureza penal, a fim de servir ao mecanismo de checks and balances, que os constituintes norte- americanos aperfeiçoaram entre os três Poderes, para controlar um Poder pelo outro***. Destinado a esse fim, pondo de lado a pretensão de punir penalmente, o ***impeachment*** tornou-se processo estritamente político, tendo por pena principal a perda do cargo público[20]. (grifei)

No caso das infrações penais comuns, definidas na legislação penal comum ou especial, embora a competência para julgamento do Presidente da República tenha sido outorgada ao Supremo Tribunal Federal, somente poderá ser exercida caso a Câmara dos Deputados venha a autorizá-lo, por dois terços de seus membros, configurando-se, tal autorização, contrapeso indireto sobre as atribuições do Poder Executivo, haja vista que o julgamento dar-se-á, efetivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez autorizado o julgamento pela Câmara, o Supremo Tribunal Federal decidirá sobre o recebimento da denúncia e, caso decida positivamente, o Presidente ficará suspenso de suas atribuições. Vale lembrar, de qualquer forma, que o Presidente não poderá ser responsabilizado por

---

19 Voto do Ministro Barroso na ADPF 378. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ adpf 378 ementa_do_voto_do_ministro_roberto_barroso.pdf> Acesso: 27- nov. 2016.

20 Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/-i-impeachment--i-.cont>. Acesso: 17- jan. 2017.

atos estranhos ao exercício das suas funções.

Além dos artigos já mencionados, parece importante trazer as normas contidas no art. 50, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, quando se trata de controle exercido pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. Tais normas autorizam a Câmara e o Senado Federal, ou, ainda, qualquer de suas Comissões, a convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. Ainda, dispõe o § 2º do mesmo dispositivo que as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Por fim, quando o tema é controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, necessário mencionar a previsão constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito que podem ser formadas por membros da Câmara dos Deputados, ou por membros do Senado Federal, ou, ainda, por membros de ambas, caso em que se terá uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Tais comissões são modalidades de comissões temporárias, já que são constituídas, obedecidos os requisitos formais constitucionais, por prazo determinado, que não poderá, em hipótese alguma, ultrapassar a legislatura em que foi criada (art. 76, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal), com o objetivo de investigar fato certo.

As Comissões Parlamentares de Inquérito foram previstas pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1934. Ainda que não previstas expressamente nas Constituições anteriores, de 1824 e 1891, em ambos os períodos acabaram por ser nomeadas pela Câmara. As Constituições seguintes à de 1934, com exceção da Constituição de 1937, contemplaram expressamente as Comissões Parlamentares de Inquérito[21].

A previsão constitucional de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito é instrumento que revela uma ferramenta a mais de fiscalização à disposição do Poder Legislativo.

Nesse aspecto, são elucidativas as seguintes palavras de Luís Roberto Barroso:

> [...] a atividade dos órgãos legislativos não se esgota na função de legislar. Desde suas origens, integram a substância da atuação do Parlamento funções de tríplice natureza: legislativa, por certo, mas também a representativa e a fiscalizadora. Aliás, com a crescente hegemonia do Executivo no processo legislativo – pela iniciativa reservada, pela sanção e veto, e pela edição de

---

21 BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr.-jun. 2000. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51614>. Acesso: 17-jan. 2017.

> atos com força de lei –, a ênfase da atuação do Legislativo tem recaído, efetivamente, na fiscalização, isto é, na investigação e no controle dos atos do Poder Público.
>
> Um dos instrumentos pelos quais o Legislativo exerce seus poderes de fiscalização e controle é a instituição de comissões parlamentares de inquérito. Desde os primórdios do constitucionalismo moderno, na Inglaterra, passando pelas experiências francesa e norte-americana, reconhece-se ao Parlamento, embora sem previsão explícita em qualquer norma, o poder de organizar-se em comissões para apurar fatos relativos aos negócios públicos[22].

Obviamente, por se tratar de atividade fiscalizatória atribuída ao Poder Legislativo, os poderes que dela decorrem devem inserir-se dentro da esfera de competência de sua atuação. Assim, não serão passíveis de fiscalização atos de interesse privado, tampouco aqueles assuntos submetidos à reserva de jurisdição, mas tão somente aqueles relacionados ao ente estatal sobre o qual o Poder Legislativo possua competência para fiscalizar, que decorrem do art. 49, X, da CF/1988[23].

Ademais deve-se ter em mente que os poderes outorgados pela Constituição Federal "próprios das autoridades judiciais" devem ser entendidos como a possibilidade de atribuir caráter obrigatório às suas determinações, sem, contudo, lhes conferir auto-executoriedade.

Em outras palavras, o texto constitucional outorgou às CPIs poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, abrangendo, assim, a possibilidade de determinar diligências; convocar testemunhas (que têm a obrigação de dizer a verdade, sob pena de crime de falso testemunho); ouvir os indiciados (que podem optar pelo direito ao silêncio); requisitar documentos públicos; determinar a exibição de documentos privados. Todavia, tais poderes não abrangem a auto-executoriedade de suas decisões quando envolvam constrição a direito individual. Para tanto, as CPIs deverão socorrer-se do Poder Judiciário; somente assim as decisões tomadas pelas CPIs terão caráter coercitivo e poderão ser efetivadas.

Exceção a essa regra é a possibilidade de as CPIs decretarem a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico, o qual incide apenas sobre dados/registros telefônicos, que difere do sigilo das comunicações telefônicas (não abrangido), conforme restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no MS 23.452[24].

---

22 BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr.-jun. 2000. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51614>. Acesso: 17-jan. 2017.

23 Conforme ensina Carlos Maximiliano: "Como o parlamento não pode confiar a uma entidade mais poderes do que ele tem, a competência das Comissões de Inquérito não abrange senão assuntos da esfera de ação e vigilância do Congresso [...]." (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição.* 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas S/A, 1948. t. II, p. 80).

24 "A quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito. – O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às

Por estarem dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, obviamente, devem, da mesma forma que as autoridades judiciais, motivar suas decisões.

Eventuais atos de investigação praticados pelas CPIs que transgridam as normas constitucionais estarão sujeitos ao controle do Poder Judiciário, conforme decidido no julgamento do já citado MS 23.452[25].

A Constituição Federal prevê, ainda, que as conclusões alcançadas pela CPI poderão ser encaminhadas, se o caso, ao Ministério Público, para que promova a responsabilização civil ou criminal dos infratores. Dessa forma, percebe-se que os poderes das CPIs encerram-se na investigação, sendo o inquérito parlamentar procedimento administrativo de natureza política e terminativa, encerrando-se nas conclusões da investigação[26].

2 I SOBRE O PODER JUDICIÁRIO

2.1 Nomeação de autoridade

Cabe aqui mencionar a possibilidade que existe de o Senado Federal exercer contrapeso em casos de nomeação de autoridades pelo Presidente da República (contrapeso anteriormente exercido pelo Poder Executivo).

É o que ocorre quando a Constituição Federal determina a participação do Senado Federal na escolha dos membros que comporão o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais, conforme já mencionado neste trabalho, e, ainda, em conformidade com o art. 52, III, “a”, da Constituição Federal.

As observações ali feitas, quanto à participação na escolha de membros do Poder Judiciário consubstanciar-se em contrapeso, eis que há a participação dos demais Poderes

---

Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar” (BRASIL. STF, Acórdão no Mandado de Segurança 23.452, Rel. Celso de Mello, *DJ* 12.05.2000, p. 20). No mesmo sentido, afirma José Cretella Júnior: “A Constituição investe a Comissão Parlamentar de Inquérito em vários poderes. Não, porém, no poder de julgar. A Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurisdicional. Não julga. Não aplica a lei ao caso concreto. No entanto, a regra jurídica constitucional lhe deu outros poderes próprios semelhantes aos atribuídos às autoridades judiciais. Assim, pode a Comissão Parlamentar de Inquérito, no exercício de suas funções, determinar o comparecimento de testemunhas, tomar-lhes depoimentos, promover diligências, requisitar documentos, certidões, pedir informações a qualquer repartição pública, ou órgão federal, estadual, municipal ou distrital, expedir notificações. Enfim, como diz a Constituição, a Comissão Parlamentar de Inquérito terá poderes de investigação tão grandes quanto os poderes das autoridades judiciais, exceto o de julgar” (CRETELLA JR., José. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). *Revista dos Tribunais*, v. 770, p. 433-441, dez. 1999).

25 “O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico- constitucionais nas quais incida uma comissão parlamentar de inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República” (BRASIL. STF, Acórdão no Mandado de Segurança 23.452, Rel. Celso de Mello, *DJ* 12.05.2000, p. 20).

26 LAMY, Marcelo. Doutrina judicial vinculante sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI’s. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 14, p. 63-98, jul.-dez. 2009.

na formação do Poder Judiciário, valem neste momento.

De todo modo, relembre-se que o Senado Federal participa da nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal, de 1/3 dos membros do Superior Tribunal de Justiça e de 1/5 dos membros dos Tribunais, exercendo espécie de contrapeso ao contrapeso já anteriormente exercido pelo Presidente da República, visto que a escolha deste último está condicionada à aprovação do Senado Federal.

O Senado Federal e a Câmara Federal possuem, ainda, a prerrogativa de aprovar as nomeações dos membros do Conselho Nacional de Justiça – CNJ feitas pelo Presidente da República, bem como de escolher dois cidadãos de reputação ilibada para compô-lo, conforme autorização do art. 103-B, XIII, configurando tais medidas espécie de ingerência no Poder Judiciário, já que o Conselho Nacional de Justiça é o órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

A esse título, parece interessante anotar que, pelas disposições constitucionais, compete ao CNJ o controle financeiro do Poder Judiciário. Ter-se-á a oportunidade de estudar mais adiante o CNJ com mais profundidade. Contudo, pode-se adiantar, desde já, que o controle exercido pelo CNJ parece não configurar espécie de freio ou contrapeso que pesa sobre o Poder Judiciário, haja vista que a maioria dos membros que o compõem é oriunda da própria magistratura, e a existência de freios e contrapesos pressupõe o controle de um Poder sobre outro, e não controles endógenos aos Poderes.

Apenas a título informativo, é importante mencionar aqui a impossibilidade de controle do Poder Judiciário pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, pelas razões já expostas no item que tratou das CPIs.

Com efeito, parece difícil refutar a ideia de que o controle exercido pelo Poder Legislativo se restringe às atribuições fiscalizatórias que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal. Nessa ordem de pensamento, uma vez que o art. 49, X, apenas autorizou o Congresso Nacional a fiscalizar ou controlar, por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta, parece tortuoso o caminho da defesa do argumento de que a CPI poderia ir além dessa atribuição. Assim, compactuo com Carlos Maximiliano, conforme já exposto neste estudo, no sentido de que os fatos investigáveis pelas CPIs devem guardar relação com as competências legislativas e materiais da Casa parlamentar[27].

A consulta aos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional indica que não deve ser dado tratamento diverso à matéria. O Regimento Interno do Senado Federal

27 A despeito do conhecimento que se tem sobre a CPI do Judiciário, originada do Requerimento 118, de 12.11.1999, a análise aqui se faz sob o viés teórico, de modo que se mantém o entendimento de que as CPIs não detêm competência para fiscalizar o Poder Judiciário.

excluiu expressamente a possibilidade de investigação de atribuições do Poder Judiciário[28] e o da Câmara dos Deputados, embora caracterize de forma genérica os fatos determinados suscetíveis de investigação ("acontecimento de relevante interesse para a vida pública e à ordem constitucional, legal, econômica e social do País"), em momento algum, ao tratar dos poderes das CPIs, arrola qualquer medida relativa ao Poder Judiciário[29]. Por fim, o Regimento comum do Congresso Nacional não desce a pormenores no que concerne às atribuições da Comissão Mista Parlamentar de Inquérito.

2.2 Infrações políticas

É importante lembrar, de todo modo, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, assim como os membros do Conselho Nacional de Justiça, podem sofrer processos de *impeachment*[30], por condutas discriminadas nos arts. 39 e 40 da Lei federal 1.079/1950[31].

---

28 "Art. 146. Não se admitirá comissão parlamentar de inquérito sobre matérias pertinentes: I – à Câmara dos Deputados; II – às atribuições do Poder Judiciário; III – aos Estados". (BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/ legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102367&tipoDocumento=RSF&tipoTexto=ATU>. Acesso: 19- jan. 2017).

29 "Art. 35. A Câmara dos Deputados, a requerimento de um terço de seus membros, instituirá Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração de fato determinado e por prazo certo, a qual terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em lei e neste Regimento.
§ 1º Considera-se fato determinado o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da Comissão. [...]. Art. 36. A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá, observada a legislação específica: I – requisitar funcionários dos serviços administrativos da Câmara, bem como, em caráter transitório, os de qualquer órgão ou entidade da administração pública direta, indireta e fundacional, ou do Poder Judiciário, necessários aos seus trabalhos; II – determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais, estaduais e municipais, e requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais; III – incumbir qualquer de seus membros, ou funcionários requisitados dos serviços administrativos da Câmara, da realização de sindicâncias ou diligências necessárias aos seus trabalhos, dando conhecimento prévio à Mesa; IV – deslocar-se a qualquer ponto do território nacional para a realização de investigações e audiências públicas; V – estipular prazo para o atendimento de qualquer providência ou realização de diligência sob as penas da lei, exceto quando da alçada de autoridade judiciária; (Parágrafo com redação adaptada aos termos da Resolução 20, de 2004); VI – se forem diversos os fatos inter-relacionados objeto do inquérito, dizer em separado sobre cada um, mesmo antes de finda a investigação dos demais. Parágrafo único. As Comissões Parlamentares de Inquérito valer-se-ão, subsidiariamente, das normas contidas no Código de Processo Penal". (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno*. Disponível em: <file:///C:/Users/bmccamargo/ Downloads/regimento_interno_17ed.pdf>. Acesso: 19-jan. 2017).

30 Embora se tenha utilizado a expressão *impeachment,* poder-se-ia defender que a utilização de tal terminologia não é adequada no caso de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, conforme se teve a oportunidade de estudar, o *impeachment* surgiu para a punição de condutas cometidas por agentes políticos, havendo quem defenda que os Ministros do Supremo, e de um modo geral, os magistrados, não são agentes políticos, por não participarem das decisões políticas, restringindo-se, sua função, "quase que exclusivamente, à atividade jurisdicional, sem grande poder de influenciar na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori.*" (DI PIETRO, Maria Sylvia, *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 679). Entendo, contudo, que os membros do Poder Judiciário, e especificamente aqueles ocupantes dos cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, são agentes políticos. Com efeito, embora não sejam titulares de mandato eletivo, possuem grande liberdade de decisão, conforme já se teve a oportunidade de analisar adrede, e suas decisões são, no fundo, a interpretação final que se dá às normas do ordenamento, inclusive e, sobretudo, as constitucionais, influenciando diretamente nas decisões políticas tomadas pelos detentores de mandato eletivo; daí a utilização no presente trabalho da mesma terminologia *impeachment.*

31 "Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1 – alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 – proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 – exercer atividade político-partidária; 4 – ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 – proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções. Art. 39-

Nesses casos, o Senado Federal é competente para o processamento e julgamento de tais condutas, conforme o art. 52, II da CF/1988[32].

Por força da dicção do parágrafo único do art. 52 da CF/1988, no referido julgamento, funcionará como presidente o Presidente do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Aqui cabem as mesmas observações já feitas quando do estudo do instituto do *impeachment* do Presidente da República; vale dizer, trata-se de mecanismo de freio indireto a ser utilizado pelo Poder Legislativo sobre as atribuições do Poder Judiciário.

2.3 Anistia

Por fim, por força do art. 48, VII, da CF/1988, compete ao Congresso Nacional conceder anistia, por meio da qual se outorga o perdão ao infrator, seja no curso do processo ou após a condenação; em outras palavras, opera-se o esquecimento daquele ato por vontade do Congresso Nacional.

A anistia materializa-se por meio de lei, portanto, sujeita à sanção por parte do Presidente da República.

Vê-se que, por força da anistia, opera-se interferência legislativa sobre a atividade do Poder Judiciário, configurando espécie de freio direto sobre as atribuições deste. Nas palavras de Celso Bastos, trazendo os ensinamentos de Rui Barbosa, afirma que a anistia, ao remontar-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo a própria infração[33]. Conclui-se, pois, que tal instituto afasta a pecha de criminosos com que determinadas pessoas foram apenadas.

2.4 Participação na fixação de subsídios

A fixação pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 48, XV, da CF/1988, configura mecanismo de contrapeso, conforme já explicitado acima, sobre as atribuições do Poder Judiciário.

A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição".

32 Além do julgamento dos membros do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Senado Federal é competente para julgar, com relação aos mesmos crimes, os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

33 BASTOS, Celso. Anistia de crimes tributários. *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* v. 42, p. 89-96, jan.-mar. 2003.

Diz-se isso, pois a prerrogativa de, de certa forma, determinar o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal gera ingerência indireta sobre as atribuições do Poder Judiciário. Com efeito, o valor do subsídio dos magistrados está diretamente ligado à forma como as suas atribuições serão desempenhadas. Portanto, não há como separar de forma radical o valor do subsídio dos magistrados do desempenho que irão ter, fazendo com que, ainda que de forma indireta, a possibilidade participar na fixação do valor do subsídio configure um contrapeso sobre o Poder Judiciário.

Como se viu, poucos são os freios e contrapesos existentes na Constituição Federal com vistas a conter os eventuais abusos praticados pelo Poder Judiciário; sendo que os poucos existentes são mecanismos indiretos de controle, não havendo qualquer freio exercido de maneira direta com relação às atribuições típicas do Poder Judiciário, a exceção dos institutos do indulto, da comutação de pena e da anistia.

3 | TRIBUNAL DE CONTAS[34]

Trata-se do Tribunal de Contas brevemente neste tópico apartado, pois, como já explicitado acima, as Cortes de Contas, embora auxiliem o Poder Legislativo no controle financeiro que exerce sobre o Poder Executivo, não o compõem, assim como não compõem qualquer um dos outros dois Poderes.

Citou-se Anna Cândida da Cunha Ferraz nesse sentido. A fim de complementar a posição aqui defendida, de que os Tribunais de Contas não podem ser contabilizados dentro dos mecanismos de freios e contrapesos exercidos pelo Poder Legislativo, busca-se os ensinamentos do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto.

Em seu artigo *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*, afirma categoricamente que o Tribunal de Contas não é órgão do Congresso Nacional, o que faz com base na redação do art. 44 da CF/1988, ao dispor que o Poder Legislativo é exercido

34 Poder-se-ia, aqui, mencionar o Ministério Público, que é órgão que goza da mesma independência gozada pelo Tribunal de Contas; não pertence, da mesma forma, a nenhum dos três Poderes; e também possui função fiscalizatória. Com efeito, no artigo 129 da CF/88, pode-se encontrar as funções institucionais do Ministério Público. São elas: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Pelo que se lê das atribuições do Ministério Público, estas apresentam grande diversidade, de alta relevância para a concretização do Estado Democrático de Direito. Contudo, não se afigura possível identificá-las apenas com o controle externo dos Poderes, daí porque fez-se a escolha de não as mencionar no presente estudo.

pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Após distinguir o controle exercido pelo Parlamento – de conveniência e oportunidade – daquele exercido pelo Tribunal de Contas – baseado em critérios técnico-jurídicos, que se fazem por parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade nas normas constitucionais e legais –, assevera que o Tribunal de Contas não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, no sentido de a ele ser subordinado hierarquicamente. Ao contrário, afirma que as Cortes de Contas têm autonomia no desenvolvimento de seus *misteres*, e o auxílio que prestam deve ser entendido, *mutatis mutandis*, como aquele prestado pelo Ministério Público no desenvolvimento da jurisdição[35].

Das lições *supra*, pode-se concluir que os controles exercidos por esse órgão autônomo pesam de forma igual sobre as unidades administrativas dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, revelando, no balanço final de freios e contrapesos, peso neutro.

Ademais disso, o Tribunal de Contas não é concebido como Poder pela Constituição Federal, a despeito de configurar, sem sombra de dúvidas, instância fiscalizatória autônoma externa aos três Poderes.

Nesse sentido, o art. 71, IV, da CF/1988 outorga ao Tribunal de Contas poderes para realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Veja que, ainda que o Poder Legislativo possa ter iniciativa dos controles citados (inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), deve sempre utilizar-se do Tribunal de Contas como ponte para tanto[36].

O controle efetuado pelo Tribunal de Contas possui caráter técnico e avaliará a aplicação de recursos públicos por aqueles responsáveis por geri-los, observados os critérios estabelecidos no art. 70 da CF/1988: legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados. Tal controle faz-se pela análise da regularidade, conformidade dos procedimentos a serem adotados para que a despesa ocorra e, caso constatadas irregularidades, poderão ser aplicadas sanções, como multas, sustação do ato ou contrato.

Quanto à legitimidade e legalidade[37] dos atos administrativos, convém relembrar que o Tribunal de Contas possui a prerrogativa de analisar a legalidade de editais de licitações,

---

35 BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. I, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/>. Acesso: 3-fev. 2017.

36 Ibidem.

37 O controle de legalidade se relaciona com o aspecto formal, ou seja, verifica-se a adequação formal do ato produzido à legislação. Já o controle de legitimidade assegura ao seu controlador adentrar no mérito do ato, ainda que formalmente o ato esteja perfeito, pode não estar em consonância com os princípios fundamentais que regem determinada área do direito. No caso do controle exercido pelo Tribunal de Contas, podem não estar conformes aos princípios orçamentários e financeiros, por exemplo. (TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan.-mar. 1994).

inclusive de forma prévia, podendo até proceder à sustação dos procedimentos licitatórios considerados dissonantes da legalidade.

Quanto à economicidade, é importante alertar que não basta a fiscalização patrimonial do ato, devendo o Tribunal entrar no seu âmago. É dizer, para que tal controle se concretize, não basta verificar que o contrato celebrado é o mais econômico, mas sim que, além de ser o mais econômico, é o que trouxe a melhor prestação de serviço. Há que se estabelecer uma correlação de custo-benefício entre o investimento e o resultado do contrato. Assim, não passará no controle de economicidade o contrato celebrado pelo menor preço que não entregar um resultado de qualidade, já que o investimento inicial terá saído muito caro. Por outro lado, um contrato mais custoso, do ponto de vista financeiro, atenderá melhor à economicidade, caso o resultado seja plenamente satisfatório[38].

O Tribunal de Contas não é responsável apenas pela fiscalização da parte patrimonial, mas também de toda a parte relacionada a pessoal. Assim, o emprego do numerário é fiscalizado quanto à legalidade dos atos de admissão, ao serviço público, de recursos humanos, devendo a apreciação abranger os aspectos: quadro, imprescindibilidade dos serviços, impossibilidade de remanejamento de pessoal, recursos orçamentários, legitimidade do concurso público, bem como os atos concessórios de aposentadoria, reforma ou pensões[39].

Sistematizando os tipos de controle que o Tribunal de Contas pode exercer, são eles, de acordo com José Afonso da Silva: (i) de legalidade dos atos de que resultem a arrecadação de receita ou a realização de despesa; (ii) de legitimidade, que admite o exame do mérito do ato, e não apenas de sua forma – legalidade; (iii) de economicidade, que também envolve a questão de mérito, mas sob uma ótica de adequação custo- benefício; (iv) de fidelidade funcional, que se refere ao controle dos agentes responsáveis pelo dinheiro e bem públicos; (v) de resultados, ao verificar cumprimento de metas, execução de contratos – formal do ato[40].

Elucidativas são as palavras de Artur Cesar de Souza, ao mencionar que, “Não obstante o Conselho Nacional de Justiça, por força constitucional, seja um órgão de controle e fiscalização, inclusive orçamentário, do Poder Judiciário, isso não lhe dá a prerrogativa de se esquivar ao controle externo de fiscalização do Tribunal de Contas da União”[41]. O mesmo autor cita o precedente estabelecido no Mandado de Segurança 25.203[42], de relatoria do

---

38 FREITAS, José Ferreira de. Os Tribunais de Contas e a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 6, p. 80-86, jan.-mar. 1994.

39 Ibidem.

40 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 764-765.

41 SOUZA, Artur Cesar. *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura*: uma perspectiva democrática fiscalizatória (*checks and balances*). Distrito Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 139.

42 “Justiça Eleitoral. Requisição de servidores (Lei nº 6.999/82). Eficácia temporal dessa requisição administrativa. Cessação do afastamento dos servidores requisitados, por efeito da superação do prazo legal. Necessário e automático desligamento do servidor cedido, com a sua consequente devolução à repartição de origem. Inexistência, em tal

Ministro Celso de Mello nesse mesmo sentido.

Por fim, cabe alertar que, embora o Tribunal de Contas possua competência para julgar os atos das unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e até para aplicar multas dotadas de eficácia executiva, esta não perde sua natureza administrativa, de modo que é sempre suscetível de questionamento junto ao Poder Judiciário, embora na seara administrativa já não o seja[43].

situação, quanto ao servidor requisitado, de direito subjetivo à permanência no órgão eleitoral requisitante. Correta deliberação adotada pelo Tribunal de Contas da União, com apoio em competência constitucional que lhe confere a prerrogativa de exercer a fiscalização externa dos poderes da República (CF, arts. 70 e 71). Considerações em torno do poder constitucional de controle externo deferido, institucionalmente, aos Tribunais de Contas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança denegado" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 25203/DF. Relator MELLO, Celso. Publicado no DJ de 09/09/2005, pp. 197-203).

43 A despeito de grande discussão gerada na doutrina sobre a possibilidade de o Poder Judiciário rever as decisões dos Tribunais de Contas, entendeu o STF tratar-se de atribuição de julgar meramente administrativa.

O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: FREIOS E CONTRAPESOS

1 I SOBRE OS ATOS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

Abaixo serão analisados os freios e contrapesos que pesam sobre os Poderes Executivo e Legislativo por força de atuação do Poder Judiciário.

1.1 Controle de constitucionalidade e de legalidade

A atividade típica realizada pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, de ser o guardião da Constituição Federal[1] e da prerrogativa, de um modo geral, outorgada aos juízes, como um todo, de afastar as leis e os atos que entendem inconstitucionais ou ilegais, bem como determinar a prática de condutas por parte do Executivo, quando estas não estejam conforme à lei, configura, por excelência, o maior freio aos demais Poderes – Legislativo e Executivo.

Em razão de o nosso sistema de controle de constitucionalidade combinar o modelo norte-americano, difuso, pelo qual qualquer juiz ou qualquer Tribunal (neste último caso, obedecida a cláusula de reserva de plenário, contida no art. 97, X, da CF/1988) pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com o modelo austríaco, concentrado, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo com eficácia vinculante e *erga omnes*, a amplitude dos freios exercidos pelo Poder Judiciário sobre os atos do Executivo e do Legislativo é enorme.

Com efeito, os instrumentos de controle abstrato de inconstitucionalidade previstos na CF/1988, vale dizer, aqueles que permitem o questionamento do ato normativo em tese, independentemente de um direito subjetivo envolvido, afiguram-se instrumentos poderosos de controle dos atos exarados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

O art. 103 da CF/1988 prevê as Ações Diretas de Constitucionalidade – ADC e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI. Tais ações, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, possuem caráter dúplice ou ambivalente, na medida em que o julgamento de uma ADC de forma procedente equivale ao julgamento de uma ADI de forma improcedente e vice-versa. Essas ações permitem o questionamento de atos normativos, emanados pelo Legislativo e pelo Executivo, que ofendam diretamente a Constituição Federal[2]. A decisão proferida pela Corte Suprema tem eficácia retroativa, salvo deliberação em contrário, efeito *erga omnes* e vinculante para o Poder Judiciário e para a Administração. Vale lembrar

1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

2 Não se admite o manejo de tais ações quando o ato impugnado for (i) tipicamente regulamentar; (ii) envolver questões *interna corporis* (internas ao corpo de um determinado Poder, próprias de regimento interno, contudo, as questões tratadas no Regimento Interno e que não forem de essência *interna corporis*, poderão ser objeto de controle pelo Poder Judiciário); (iii) normas constitucionais originárias (princípio da unidade da CF); (iv) leis revogadas; e (v) normas que não produzam mais efeitos.

que da decisão proferida no bojo dessas ações não cabe recurso suscetível de alterar o entendimento esposado pela Corte.

Outra ação abrangida pelos instrumentos que permitem o controle abstrato de constitucionalidade é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Tal instrumento admite um controle muito mais extenso do que aquele admitido no bojo da ADI e da ADC, já que admite a impugnação de atos anteriores e posteriores à CF/1988, inclusive não normativos, já que o controle não é de constitucionalidade, mas de descumprimento de preceito fundamental.

Há, ainda, a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, também prevista no art. 103 da CF/1988, que permite o controle das omissões dos demais Poderes. Por meio dela, o Supremo Tribunal Federal dará ciência da omissão, podendo fixar prazo para que o Poder responsável pela omissão – Executivo ou Legislativo – a sane (art. 103, § 2º, da CF/1988).

O Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF/1988[3], configura instrumento de controle concreto de constitucionalidade e também possui papel relevante no controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Isso porque pode ser impetrado por qualquer pessoa, desde que tenha direito inviabilizado por ausência de norma regulamentadora. Tal instrumento, frise-se, ganhou maior eficácia com a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da corrente concretista geral[4], que admite que o Poder Judiciário supra a ausência de norma regulamentadora. Note-se que o Poder Judiciário deixa de ter um papel de legislador negativo e passa, inclusive, a criar as regras omitidas por outros Poderes.

De um modo geral, é importante frisar que o Poder Judiciário, por meio de qualquer ação de conhecimento, seja sumário, seja exauriente, pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei deliberada pelo Poder Legislativo ou a ilegalidade de atos regulamentares expedidos pelo Poder Executivo, para conceder o direito principal pleiteado.

---

3 “Art. 5º [...] LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

4 Anteriormente ao julgamento do MI 680/DF, que tratou do direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal se posicionava no sentido de que não era possível ao Poder Judiciário, nos casos em que o Congresso não havia legislado, suprir tal ausência. Contudo, com o julgamento do MI- 712-8, o entendimento da Corte se alterou. Segue ementa elucidativa do julgado: “Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei federal 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta Corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do Mandado de Injunção. Prevalência do interesse social. Insubsistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e à separação dos poderes [art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil]. Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil” (BRASIL. STF, Mandado de Injunção 721- 8/PA, Rel. Eros Grau, *DJ* 31.10.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso: 23-jan. 2017).

A esse título, é importante citar a ação do Mandado de Segurança, que permite a concessão de segurança, em casos em que haja violação, por parte de autoridade, de direito líquido e certo, determinando que a autoridade abstenha- se de praticar certa conduta, caso o abuso decorra de ação, ou que a autoridade pratique determinado ato, no caso de omissão.

Da análise de todos os instrumentos supracitados, infere-se, facilmente, que o controle dos atos produzidos pelos demais Poderes é a atividade típica do Poder Judiciário, vale dizer, exercer freios sobre as decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo é inerente à sua atividade-fim.

Com efeito, viu-se adrede que existem diversos mecanismos de freios e contrapesos, e muitos deles se exercem de forma indireta, é dizer, não incidem sobre as atividades-fim dos Poderes.

O que ocorre com os mecanismos exercidos pelo Poder Judiciário sobre os demais Poderes é justamente o oposto, vale dizer, o controle externo que ele exerce revela-se em freios sobre as atividades típicas desempenhadas pelos demais Poderes, porque possui sempre a prerrogativa de neutralizar determinada decisão tomada em outro âmbito de Poder, por meio do controle de (in)constitucionalidade ou de (i)legalidade, seja de forma direta ou incidental, que envolve, a depender do tipo de controle exercido, tanto atos do Poder Legislativo (leis), como do Executivo (aqui pode- se incluir atos administrativos proferidos de um modo geral pela Administração Pública, decretos regulamentares, decretos autônomos, atos normativos, como os expedidos pelas Agências Reguladoras)[5].

Ademais, tais freios não são suscetíveis de controle externo, ou seja, não são submetidos, por sua vez, a outros mecanismos de freios e contrapesos – mas apenas à revisão de instâncias superiores, ou de mesma hierarquia, inerentes ao próprio Poder Judiciário –, são, assim, dotados de definitividade.

Nota-se, ainda, uma evolução do manejo dos instrumentos supracitados: se antes o controle do Poder Judiciário sobre os atos praticados pelos demais Poderes era mais retraído, este tem se tornado cada vez mais expansivo. Nesse aspecto, pode-se afirmar que, num momento anterior, o Poder Judiciário entendia que os atos proferidos pelo Poder Executivo não eram suscetíveis de controle quanto ao seu mérito (discricionariedade da Administração), mas apenas quanto à sua legalidade formal. Contudo, com o tempo, o Poder Judiciário passou a entender ser possível adentrar no âmago do ato, efetuando-se o controle do mérito, ou seja, quanto às decisões tomadas pelo administrador, desde que tais decisões tenham violado a proporcionalidade, a razoabilidade e demais princípios

---

5 Cite-se, a propósito, as palavras de Flávia de Almeida Viveiros de Castro: "Os tribunais controlam e censuram os atos do Poder Público, não permitindo que prevaleçam aqueles que são tidos por ilegais ou inconstitucionais. Acionado, o juiz interdita, condena, executa, ordena, declara o Direito. Assume a censura direta dos atos das autoridades, assegurando, efetivamente, a proteção dos direitos fundamentais" (CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan.-mar. 2002).

constitucionais[6]. Atualmente, ademais, a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público por parte do Poder Judiciário, tanto em caso de inércia, quanto de implementação de políticas públicas insuficientes, é corrente.

Quanto aos atos do Poder Legislativo, a declaração de inconstitucionalidade dependia de critérios rígidos, ou seja, dependia de ostensiva violação à Constituição Federal. Atualmente, conforme ensina Luís Roberto Barroso[7], a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador faz-se com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; o exemplo citado pelo autor, dentre outros, é a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a cláusula de barreira, em que a Corte declarou a inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral, sem que tal cláusula violasse qualquer regra expressa da Constituição Federal.

Portanto, o mecanismo de freios de que pode lançar mão o Poder Judiciário parece ser o mais poderoso de todos os outros, pois se faz sobre as atribuições típicas dos demais Poderes, de forma definitiva, é dizer, das decisões do Poder Judiciário não cabe qualquer revisão que lhe seja externa, e absoluta, eis que suas decisões não admitem nenhum contrafreio[8].

---

6 Confira-se, a esse título, o julgamento da ADPF n. 45. Na ação questionava-se o veto presidencial a dispositivo de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano de 2004, que visava a assegurar recursos mínimos à área da saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional nº 29/2000. No julgamento da referida ação, o Relator, Ministro Celso de Mello, entendeu que o Supremo Tribunal Federal, em razão da dimensão política da jurisdição constitucional, pode rediscutir decisões políticas tomadas pelos administradores, desde que tais decisões violem princípios da razoabilidade e, ainda outros princípios ou direitos constitucionais, com vistas à manutenção do núcleo mínimo de direitos fundamentais. "Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator MELLO, Celso. Publicado no DJ de 04/05/2004, p. 00012). Da mesma forma, quando se trata de atos administrativos produzidos por servidores de menor hierarquia, não é raro encontrar decisões do Poder Judiciário os revendo. Podem ser citadas, como exemplos, recorrentes revisões judiciais de decisões tomadas pela Administração no âmbito de concursos públicos ou de procedimentos disciplinares, caso o Poder Judiciário entenda ter havido violação à razoabilidade e/ou à proporcionalidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte, contudo, que havendo a possibilidade de escolha dentre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito, cabe ao administrador a escolha, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se na decisão tomada. (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo.* 30.ed. São Paulo: Atlas, 2017). A dificuldade reside exatamente em definir se havia a liberdade, ou não, diante do caso concreto.,

7 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 23-jan. 2017.

8 A única Constituição brasileira que previu a possibilidade de revisão do *judicial review* foi a Constituição de 1937, que outorgava ao Presidente da República, caso entendesse ser necessário ao bem-estar do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, a competência de submeter a decisão do Poder Judiciário ao Parlamento, podendo

1.2 Participação da comissão processante do impeachment

Por fim, deve-se aludir à possibilidade de o Poder Judiciário exercer mecanismos de contrapesos sobre o Poder Executivo, no caso da responsabilização política do Chefe do Executivo, eis que o Presidente do Supremo Tribunal Federal compõe a comissão de julgamento no Senado Federal, conforme dispõe o art. 52, parágrafo único, da CF/1988.

2 | QUADRO-RESUMO COMPARATIVO DOS FREIOS E CONTRAPESOS[9]

	Freios exercidos pelos Poderes		
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	Diretos 1. Neutralização de tomada de decisões no desempenho de funções típicas (*e.g.*, autorização de declaração de guerra, intervenção federal, estado de sítio). 2. Neutralização de decisões no desempenho de funções atípicas pelo Poder Executivo (não conversão de MP em lei, controle da lei delegada). Indiretos 1. Controle financeiro 2. Comissão Parlamentar de Inquérito 3.Julgamento de crimes de responsabilidade (*impeachment*). 4. Fixação de subsídio do Presidente da República	Direto 1. Controle de constitucionalidade e de legalidade.
Legislativo	Direto 1. Veto	X	Direto 1. Controle de constitucionalidade
Judiciário	Direto 1. Indulto ou comutação de penas Indireto 1. Fixação de subsídio dos Ministros do STF	Direto 1. Conceder anistia Indireto 2. Julgamento de crime infrações políticas dos Ministros do STF e membros do CNJ.	X

este anular a decisão tomada.

9 A classificação utilizada – freios e contrapesos diretos e indiretos – decorre, conforme já explicitado adrede, da forma como os mecanismos de freios e contrapesos foram estudados acima. Assim, os freios e contrapesos diretos incidem sobre as atividades típicas dos Poderes; já os freios e contrapesos indiretos não incidem sobre a atividade típica desempenhada pelos Poderes, porém podem influenciá- la.

	Contrapesos exercidos pelos Poderes		
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	Direto 1. Participação na tomada de decisões de funções típicas (Conselho da República, Defesa Nacional). Indireto 1. Autorização para julgamento de infrações penais. 2. Nomeação de autoridades	Indireto 1. Participação da comissão de julgamento do *impeachment*
Legislativo	Diretos 1. Participação do processo legislativo (veto derrubado; sanção, promulgação, inciativa) 2. Nomeação de autoridades (Tribunal de Contas)	X	
Judiciário	Indiretos 1. Participação no processo de nomeação de magistrados. 2. Fixação de subsídio dos Ministros do STF.	Indiretos 1. Participação no processo de nomeação de magistrados. 2. Participação na fixação de subsídios dos Ministros do STF.	X

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESEQUILÍBRIO ENTRE OS FREIOS E CONTRAPESOS NA CF/1988: O PODER JUDICIÁRIO

1 I REVELAÇÕES DO ESTUDO DOS FREIOS E CONTRAPESOS NA CF/1988 – DESEQUILÍBRIO

Conforme se pode concluir do estudo dos freios e contrapesos impostos a todos os Poderes, o menos controlado, ou seja, aquele com relação ao qual a Constituição de 1988 estabeleceu meios menos efetivos de controle, por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, é o Poder Judiciário[1]. Essa conclusão não advém, obviamente, de uma constatação quantitativa (número de controles exercidos), mas qualitativa, que tem como parâmetro a efetividade dos controles exercidos.

Em contrapartida, as relações de controle existentes entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo são muito mais intensas, sobretudo no que concerne às atribuições típicas desses dois Poderes; podendo-se dizer o mesmo com relação aos controles exercidos pelo Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo, como se pode perceber dos quadros-resumo.

Com efeito, muitos são os mecanismos de freios e contrapesos previstos para os Poderes Executivo e Legislativo: viu-se que no Brasil esse sistema de controle mútuo é revelado, dentre outros, pelo controle exercido pelo Judiciário sobre a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos expedidos pelo Poder Público, quando estes e aquelas ofenderem o texto magno. Quanto ao controle do Poder Executivo sobre o Legislativo, aquele pode vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público, e, de um modo geral, participar do processo legislativo. Já o Poder Legislativo põe em prática mecanismos de contenção ao fiscalizar e investigar os atos do Executivo, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários; bem como a possibilidade que tem esse Poder de rejeitar os vetos, de resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros, de apreciar as indicações do Executivo para provimento de determinados cargos públicos e de julgar o *impeachment* do Presidente da República e dos Ministros de Estado quando conexos àquele.

Por outro lado, poucos são os mecanismos de contenção da atuação do Poder Judiciário: (i) nomeação de magistrados, conforme estudado[2]; (ii) o julgamento pelo

---

1 Justamente porque o tema do estudo são os controles exercidos por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, deixa-se de mencionar, neste tópico, o controle da atividade judicial não enquadrável no conceito de freios e contrapesos. Sobre esse aspecto, Clémerson Merlin Clève menciona que são controles ao Poder Judiciário: o duplo grau de jurisdição, o princípio da publicidade e a fundamentação racional da decisão judicial (CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito).* São Paulo: Editora Acadêmica, 1993).

2 A escolha, com aprovação do Senado Federal, da totalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal; de 1/3 (um terço) dos membros do Superior Tribunal de Justiça e de 1/5 (um quinto) dos membros dos demais tribunais federais;

Legislativo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros do CNJ por *impeachment*; (iii) a prerrogativa de que goza o Presidente da República de tão somente conceder o indulto ou comutar pena e o Poder Legislativo de conceder anistias; e (iv) a deliberação e sanção sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, pois, que os freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário pelos demais Poderes o foram de maneira indireta, não havendo nenhum que seja exercido sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. O único que se revela sobre a atribuição típica é o de comutar penas, conceder indulto ou anistia, que abrange estreitíssima atividade (apenas criminal) dentre todas aquelas que o Poder Judiciário pode praticar.

O que se quer significar é que, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo sofrem controles indiretos e diretos, que incidem diretamente nas atribuições que lhes são típicas, *e.g.*, o veto sobre o projeto de lei deliberado pelo Congresso, que configura freio do Executivo à atividade de legislar típica do Legislativo, ou, ainda, todos os freios impostos ao Executivo pelo Legislativo quanto às atividades típicas de governo, como aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio e a declaração de guerra, o Poder Judiciário não sofre nenhum freio, direto ou indireto, sobre sua atividade típica de julgar, salvo a comutação de pena, concessão de indulto ou anistia, como visto, e, no que se refere aos contrapesos, apenas os sofre de maneira indireta.

A despeito de ser o menos controlado, goza da prerrogativa de controlar, por mecanismos de freios diretos, os atos dos Poderes Legislativo e Executivo em suas atividades típicas, controle este – de constitucionalidade e de legalidade – que é absoluto e definitivo, não havendo possibilidade de qualquer revisão externa dentro do território brasileiro da utilização desse mecanismo.

Parecem oportunas as palavras de Francisco de Sá Filho, ao referir-se ao Poder Judiciário, quando menciona que "o menos democrático dos Poderes é o mais poupado pelos freios e contrapesos dos demais"[3].

Portanto, a análise da distribuição constitucional dos freios e contrapesos impostos a todos os Poderes revela, sem dúvida, um menor controle sobre o Poder Judiciário, comparativamente aos demais Poderes.

2 | A ORIGEM DO DESEQUILÍBRIO E A ATUAL REALIDADE BRASILEIRA

A distribuição desigual dos mecanismos de freios e contrapesos, gerando uma maior independência e supremacia do Poder Judiciário, pode ser explicada historicamente, como já exposto em alguns momentos neste trabalho.

Com efeito, quando da análise de excertos da obra *O Federalista*, percebeu- se que o Poder Judiciário, na concepção dos autores da obra, era o Poder, dentre os outros dois,

3 SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado.* Rio de Janeiro: Borsói, 1959. p. 290.

com menor potencial lesivo à Constituição e o mais neutro de todos eles.

A teoria de Montesquieu, acerca da tripartição de Poderes, concebia o Poder Judiciário como mero repetidor da lei, poder invisível e insignificante, nas suas próprias palavras[4].

Ao visualizar neutralidade, invisibilidade e pequeno potencial lesivo à Constituição no Poder Judiciário comparativamente aos Poderes Executivo e Legislativo, a teoria clássica de divisão de poderes concebeu uma separação entre a Política e o Direito, e regulou a influência da primeira sobre o segundo, admitindo-a da seguinte forma: totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário[5]. Esse era o sentido da separação dos poderes: evitar o despotismo, que poderia facilmente ocorrer se aquele que aplicasse o direito pudesse tomar decisões influenciadas pela política. Assim, para justificar seu poder de aplicar a lei, esta atividade deveria estar afastada da política, como forma de evitar o abuso de poder, tão reprimido por Montesquieu.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz afirma, inclusive, que a neutralização do Judiciário, seu caráter apartidário, foi pedra angular na caracterização do Estado de Direito burguês e dos sistemas políticos que se desenvolveram a partir de então, haja vista que o princípio da tripartição dos Poderes e a estrutura complexa de comunicação entre as forças interligadas permitiram a superação do modelo absolutista[6].

Esse distanciamento não se concebeu apenas politicamente, mas também ética e moralmente. Politicamente, o distanciamento se dá pela impossibilidade de o juiz, ao decidir um caso, distanciar-se da redação da lei. As Escolas Formalistas, sobretudo a Escola da Exegese, nascida na França, defendia que ao juiz não cabia criar a decisão, pois ela já estava contida no ordenamento jurídico, que era, na sua concepção, claro, completo e perfeito[7]. Tais Escolas, com efeito, entendiam o produto da atividade legislativa como expressão maior da vontade do povo e que, justamente por possuir tal qualidade, não devia sofrer qualquer tipo de ingerência dos demais Poderes, aqui incluído o Poder Judiciário, por meio da atividade decisória. A interpretação feita pelos juízes era vista com

---

4 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973. O Professor José Levi Mello do Amaral Júnior explica que, de acordo com a teoria sobre a separação dos poderes de Montesquieu, o Poder Judiciário se neutralizaria por si só, por duas razões. A primeira se refere à formação do Poder Judiciário, que deveria ser composto por pessoas extraídas do corpo do povo, pelo período necessário a determinado julgamento, possibilitando-se ao criminoso a participação, juntamente com a lei, dos juízes. A segunda se refere ao método decisório, que tem a lei como limite da interpretação, não havendo espaço para criação da decisão, o que traz segurança jurídica (AMARAL JR., José Levi Mello. Sobre a organização de Poderes em Montesquieu. Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de 'O espírito das Leis', *Revista dos Tribunais,* v. 868, p. 53-68, fev.2008).

5 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista Trinestral de Direito Público,* São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

6 Ibidem.

7 Interessante informação foi obtida na obra de Mônica Sifuentes sobre o Código Civil Prussiano, que pretendia definir todas as relações jurídicas possíveis e continha pelo menos dezenove mil artigos, e era coroado por uma proibição de interpretação judicial (SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante.* Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 103).

muita desconfiança, já que configurava meio de fazer transpassar suas próprias valorações (dos juízes), fazendo valer a vontade do Poder Judiciário em detrimento da vontade geral.

Ensina Max Moller, em *As dimensões do princípio da separação dos poderes*, que ao Poder Judiciário somente era possível fazer a operação de subsunção quando da aplicação da lei, já que vigia a consagração da supremacia legislativa cuja origem era a vontade do povo, sendo que qualquer interpretação feita pelo Poder Judiciário poderia equivaler ao desrespeito à vontade suprema da lei[8]. No mesmo sentido, José Adércio Leite Sampaio dá conhecimento de que, se houvesse qualquer dúvida quanto à letra da lei, não cabia ao Judiciário interpretá-la, mas submetê-la à interpretação do Legislativo, por meio do instrumento chamado *référé législatif*[9].

Portanto, na concepção da Escola da Exegese, quando as normas, fruto do legislativo racional, aglutinam-se, forma-se o código, que é a expressão suprema da razão social e jurídica, não havendo qualquer espaço para a criatividade judicial, sendo a atividade decisória mera operação de conhecimento das normas, que já existem em um estado de perfeição e completude no ordenamento jurídico.

Miguel Reale ensina que a ideia fundamental da Escola da Exegese é a de que o Direito é aquele revelado pelas leis, normas gerais e escritas emanadas do Estado, que, por ser um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresenta lacunas. De acordo com tal Escola, ainda, os juristas devem sempre partir do direito positivo, nunca devendo procurar respostas fora da lei[10].

Quanto ao distanciamento ético e moral, as ideias do positivismo jurídico, representado por Hans Kelsen, pregam que o direito válido é aquele posto pelo Estado, independente de seu conteúdo corresponder ou não ao conteúdo da moral e da ética (direito natural). Note-se, ainda, que o controle concentrado em sua origem, baseado nos ideais kelsenianos do positivismo jurídico, concebia o sistema jurídico como separado dos valores e, de um modo geral, dos ideais de justiça, e atribuía à Corte Constitucional o papel de guardião da Constituição com base nesses preceitos. Conforme ensina Jorge Octavio Lavocat Galvão, o órgão central e independente – Corte Constitucional –, concebido por Kelsen, tinha como objetivo isolar o direito da política, permitindo a existência de um Guardião da Constituição que propiciasse certeza e objetividade, ao contrário do que ocorria com o controle difuso de constitucionalidade[11].

Acresça-se, ainda, à concepção de que o Poder Judiciário era neutro política e

---

8 MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes.* [S.I.s.n.]. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf>. Acesso: 28-jun. 2016.

9 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 178.

10 REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

11 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Menezes et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 365-394.

axiologicamente, que a ele foram asseguradas as prerrogativas da independência e autonomia em face dos Poderes Executivo e Legislativo, por razões bem peculiares: o Poder Judiciário não apresentava potencial lesivo às normas constitucionais ou infralegais[12]. Com relação ao Executivo, pois o Poder Judiciário apenas aplica a lei contenciosamente, vale dizer, sempre mediante provocação, manifestando-se apenas em casos individualizados, exceto com relação às ações diretas de inconstitucionalidade; e o Poder Executivo o faz de forma geral e de ofício. Já com relação ao Poder Legislativo, pois as decisões do Poder Judiciário são programadas e não programantes, eis que produzidas com base na lei e na Constituição, nos princípios gerais de direito, costumes, e sua decisão vale apenas para aquele caso, e não para todos; sendo que o Poder Legislativo possui maior discricionariedade na atividade legislativa, que se aplica a todos de forma geral.

Alerta Karl Loewenstein, ainda, que a teoria clássica de separação dos poderes também não havia concebido o instituto do *judicial review*, por meio do qual os Tribunais podem opor-se às decisões do Congresso e do Presidente. Talvez por isso, os controles políticos não lhe tenham sido impostos com tanto peso.

Contudo, as premissas acima, de que partiram os teóricos da separação dos poderes, dos freios e contrapesos, e até do controle concentrado de constitucionalidade – de que o Poder Judiciário é neutro politicamente e se pauta num ordenamento jurídico perfeito, claro e sem lacunas, manifestando-se apenas em casos individualizados –, não mais existem; ao menos é o que a realidade brasileira indica. Vejamos.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, a semente que ensejou a desneutralização, tanto política como moral, do Poder Judiciário foi a demanda social por direito de prestações positivas e não mais negativas. A exigência social de que os direitos positivos fossem concretizados demandou não só maior ampliação do papel do Poder Executivo, mas, sobretudo, do Poder Judiciário[13]. Ao ser provocado sobre o conteúdo e densidade de tais direitos, o Poder Judiciário não mais pode alegar sua neutralidade política, pois é chamado a dizer sobre as finalidades para as quais o Estado foi concebido.

Não se pode deixar de citar o raciocínio do autor, exposto como segue:

> Em suma, com base nas condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da

12 Essa expressão foi, inclusive, utilizada por Hamilton, no artigo 78 de *O Federalista,* já citado neste estudo, na nota de rodapé 74.

13 Ana Paula de Barcellos afirma, em complemento ao que se vem de expor, que a grande mudança do papel do Poder Judiciário ocorreu após a Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, constatou-se que o Parlamento, através da lei, não evitou os horrores cometidos, sendo necessário que se outorgasse à Constituição e aos direitos e princípios ali previstos força normativa, o que acabou por fortalecer o controle de constitucionalidade e, consequentemente, o Poder Judiciário. (BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público*., n. 32, p. 185-206, 2000).

estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome da princípio da legalidade (***dura lex sed lex***). Não se fala, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social [...][14].

No que tange à alegação de que o Poder Judiciário não necessita de controle, já que é programado e não programante, ou seja, atem-se à letra da lei, não parece mais prosperar.

A postura ativista adotada pelo Poder Judiciário, de um modo geral, e especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, aponta algumas decisões descoladas do texto escrito, seja da Carta Maior, seja das leis infraconstitucionais, com base em interpretação de princípios que se sobrepõem à norma escrita.

Como muito bem explicitado por Juan Antonio Garcia Amado[15], os ideais do neoconstitucionalismo, atualmente em voga, apontam para uma prevalência dos princípios, que revelam a verdadeira *ratio* da ordem jurídica, sobre o direito escrito. Pode-se citar as ideias de Dworkin[16], que bem representam tal pensamento, ao conceber que, do ponto de vista ontológico, o Direito é composto por normas jurídico-positivas e por normas de moral social, representadas por princípios jurídicos, porém não positivadas, que servem para o descobrimento da verdadeira essência daquelas, posto que representam a razão verdadeira do Direito. E note-se, ainda, que, do ponto de vista epistemológico, a essência do Direito, representada pelos princípios que albergam a moral social, somente pode ser conhecida por meio da figura do juiz Hércules, vale dizer, através do Poder Judiciário. Ao reaproximar o direito da ética e da moral, e afirmar que apenas o Poder Judiciário pode conhecer o verdadeiro Direito, que não mais se resume à letra da lei, caem por terra as premissas sobre as quais os mecanismos de freios e contrapesos e a separação dos poderes foram inicialmente concebidos[17].

---

14 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, p. 19, 1994.

José Adércio Leite Sampaio afirma, no mesmo sentido, que “A tarefa de concretização foi a tônica ao ampliar-se o elenco de direitos fundamentais declarados na Constituição, que requisitavam, mais que autorizaram, o ativismo ou o imperialismo judicial, tanto na efetivação das liberdades clássicas quanto na promoção dos direitos prestacionais, a tomarmos a sério a literalidade do enunciado que instituiu o mandado de injunção e os instrumentos processuais de natureza coletiva, especialmente o dissídio coletivo, a ação popular e a constitucionalizada ação civil pública” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 101).

15 AMADO, Juan Antonio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría,* n. 35, p. 151-172, jul.-dez. 2006.

16 DWORKIN, Ronald. *Levando os direito a sério.* 2.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2012.

17 AMADO, Juan Antonio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría,* n. 35, p. 151-172, jul.-dez. 2006.

Não há como ser diferente. Os princípios possuem alto grau de subjetivismo, comportando entendimentos elásticos, abrindo margem para a discricionariedade judicial[18], que não era aceita quando da concepção da teoria da separação dos poderes (como se disse acima, a neutralidade política e moral pressupunha a atuação do Poder Judiciário de forma programada, contida pela letra da lei).

Por mais que autores renomados neguem a existência da discricionariedade na decisão judicial[19],parece difícil assentir com os respectivos argumentos, já que o juiz, para chegar à determinada decisão, antevê no mesmo texto a possibilidade de dele extrair diversas normas, e, dentre elas, que são indiferentes jurídicos[20], escolher uma.

O componente valorativo, pois, presente na escolha da norma cabível na moldura e eleita pelo Poder Judiciário para tornar-se direito positivo, faz cair por terra a premissa de que o Poder Judiciário é neutro e programado, haja vista que a interpretação não é mais uma atividade apegada ao texto da lei, conforme pregava a Escola da Exegese,

---

18 Confira-se o seguinte trecho da autoria de Flávia de Almeida Viveiros de Castro: “Observa-se, por um lado, o caráter aberto de vários dispositivos constitucionais – abertura consciente e querida pelo legislador constituinte – de molde a permitir o fluir de um processo político dinâmico e, por outro lado, que ao juiz é conferido um espaço de criatividade conformadora na seleção de valores constitucionais plasmados, quando da solução de um litígio” (CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan.-mar. 2002).

19 Eros Grau distingue a liberdade conferida ao administrador ao produzir um ato administrativo daquela conferida ao juiz quando da produção de sua decisão, sob o argumento de que a discricionariedade do administrador se fundamenta em critérios de conveniência e oportunidade entre indiferentes jurídicos, o que não ocorre na decisão judicial, já que o juiz não formula juízos de oportunidade, mas de legalidade, que resultam numa atuação/interpretação única, que é a própria decisão (GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56-57). Não parece que tal distinção seja plausível, na medida em que as únicas diferenças que se antevê, entre a discricionariedade judicial e a administrativa, é quanto à forma como são expostas aos interlocutores e quanto aos critérios que guiam as escolhas a serem feitas, porém não se pode negar que são feitas escolhas. Quanto à primeira, diferença que diz respeito à forma como é exteriorizada, pode-se afirmar que a discricionariedade judicial não é exteriorizada, é dizer, a escolha de uma, dentre as várias normas existentes na moldura, se faz na mente do juiz, que apenas exterioriza uma delas, e a justifica seguindo um discurso argumentativo razoável. Talvez por isso Eros Grau a trate como “resultado de atuação”. Mas, veja que, para chegar a esse resultado de atuação, escolhas foram feitas na mente do juiz, ainda que delas os interlocutores não tenham conhecimento. Já no caso da discricionariedade administrativa, os indiferentes jurídicos são exteriorizados, expondo o administrador as alternativas que possui e por quais razões de conveniência e oportunidade optará por uma delas. Quanto aos critérios que guiam as escolhas feitas, vale anotar que o administrador é guiado, no mais das vezes, pelo interesse público, princípio este inerente ao regime jurídico administrativo, limitado pelo texto legal e pelos fatos ocorridos no caso concreto. Já o juiz, guia-se pela justiça, que é extraída da análise das regras e sopesamento dos princípios que circundam o caso concreto, a depender da matéria enfrentada. Excetuando-se esses dois componentes – forma de exteriorização e princípios que incidirão no caso concreto – não nos parece que haja diferença entre a discricionariedade judicial e administrativa.

20 Afirma-se aqui que são indiferentes jurídicos, pois todas as soluções encontradas dentro daquilo que os princípios comportam ou dentro do que a moldura do texto comporta são válidas perante o Direito. Tanto essa assertiva é verdadeira, que há, sobre um mesmo tema de direito, decisões judiciais diferentes, Câmaras que entendem em determinado sentido e outras que entendem em outro sentido, jurisprudências que mudam etc. E todas essas decisões das diversas Câmaras, dos diversos juízes, dos diferentes Tribunais, não são inválidas, mas, sim, todas válidas perante o Direito. Note-se que, se assim não fosse, não faria sentido falar em uniformização de jurisprudência, pois haveria apenas uma jurisprudência. Kelsen, inclusive, afirmou em sua obra *A Teoria Pura do Direito*, que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – *têm igual valor*, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 390-391).

mas decorre da ampla interpretação dos princípios, que possuem tamanha elasticidade e ensejam uma discricionariedade ampla por parte dos magistrados quando da aplicação do direito.

Vêm a calhar as palavras de Jorge Octavio Lavocat Galvão:

> Assim, é de se questionar a congruência de um sistema (*jurídico*) que se autodenomina "objetivo" e "abstrato", quando as próprias ideias de "certeza" e "imparcialidade" são absolutamente intangíveis. Se até mesmo os advogados discordam sobre qual interpretação pode ser considerada como correta e se o resultado de uma decisão judicial não pode ser avaliado por meio de critérios legais definidos, como seria possível garantir que os direitos básicos estão mais bem protegidos nas mãos de alguns poucos juízes?[21]

A esse respeito, do componente volitivo e valorativo inerente às decisões judiciais, especialmente das Cortes Constitucionais, vale conferir o interessante artigo de Louis Michael Seidman[22]. Para o autor, as verdadeiras questões políticas existentes nos Tribunais não são aquelas atribuídas à discricionariedade da atuação administrativa ou de decisões tomadas pelas instâncias de Governo, mas sim aquelas contidas no entendimento que os Tribunais têm das regras e dos princípios e que não são expostas aos interlocutores. Isso porque, na visão do autor, os princípios e as disposições constitucionais não se legitimam por si sós, dependem do entendimento que a Corte tem, de legitimá-los ou não; dependem de um prévio entendimento da Corte de que são válidos. Assim, para que os direitos previstos nas disposições constitucionais possuam eficácia, densidade, abrangência, é preciso que a Corte fale sobre eles, atribuindo-lhes, em maior ou menor grau, essas características. Contudo, as razões para a tomada dessa decisão, sobre as características desses direitos, para que possam ter legitimada sua aplicação ou não, levam em consideração fatores extraconstitucionais, que são considerados, porém não explicitados pelos Tribunais, em suas decisões. Na visão do autor, tais decisões políticas são perigosas, pois levam uma vida secreta, à margem do direito e, bem por isso, insuscetíveis de controle pelas vias previstas no ordenamento jurídico[23].

Tome-se como exemplo a recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que afastou a prisão preventiva de acusados de prática de aborto, fundamentada

---

21 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Menezes et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 384).

22 SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine.* Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>. Acesso: 21-fev. 2017.

23 O exemplo do pensamento do autor é o caso emblemático *Madison vs Marbury*, utilizado como instituidor do controle de constitucionalidade. Com efeito, as cartas trocadas entre o *Chief Marshall* e os demais Ministros da Corte revelam que a sentença proferida pelo *Chief Marshall*, que afastou a apreciação da questão principal – apreciar a lei que nomeou o juiz Madison, ao qual não foi dada a posse – sob o argumento de que tal atribuição não se encontrava entre as competências da Corte arroladas na Constituição Americana, foi política e não jurídica, porquanto o *Chief Marshall* não queria contrariar o atual Governo, para que a Corte não perdesse força, e ao mesmo tempo não queria desagradar os nomeados pelo Governo anterior, de mesmo partido que o seu, como, aliás, era o seu caso. A saída, portanto, política, foi revestida de juridicidade.

em princípios e distante do texto Constitucional, de que "[...] a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade"[24]. Ou, ainda, a recente decisão da mesma Corte no sentido de que não é necessário aguardar o trânsito em julgado para que o réu seja recolhido à prisão.

Quanto à premissa de que o Poder Judiciário, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, não produz lei em tese e somente age mediante provocação, razão pela qual lhe pôde ser outorgada a prerrogativa da autonomia e da independência, não mais se sustenta com a previsão constitucional do instrumento da Súmula Vinculante. Por meio de tal figura, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Tal súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas. De acordo com Lênio Streck[25], tal instrumento equipara-se a uma norma de caráter geral e abstrato, já que é fixada *ex ante*, como uma verdadeira lei[26].

De um modo geral, e fazendo alusão às palavras do Ministro Luís Roberto Barroso[27], o Brasil vem assistindo a um deslocamento das instâncias normais de Poder – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. O Poder Judiciário vem enfrentando questões de cunho político e moral, que antes não eram por ele decididas. Ora, o surgimento do Poder Judiciário como um poder político[28] demanda a correlata implementação dos freios e contrapesos, de modo a conter eventuais abusos.

---

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*, nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe. asp?idConteudo=330769>. Acesso: 21-fev. 2017.

25 O autor, ao expor as diferenças entre o precedente judicial e a súmula vinculante, afirma que a súmula é produto de um conjunto de textos, que exsurge não para resolver um caso, mas para resolver todos os casos futuros, no que se diferencia do precedente que, para ser utilizado, demanda a necessária identificação do DNA do caso concreto *sub examine*, mantendo-se a fidelidade à fundamentação da decisão que deu origem ao precedente, ao seu histórico, ou seja, àquela argumentação. Assim, a súmula vinculante é prospectiva, como a lei, enquanto que o precedente tem os olhos voltados para o passado (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014).

26 Ana Paula de Barcellos defendeu, em seu artigo *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade,* que o controle de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, apenas afrontaria o princípio da separação de poderes, caso esse Poder pudesse, além de aplicar a lei ao caso concreto, criar a legislação, sem que fosse exercido um controle externo. Parece ser exatamente essa a situação existente atualmente. Note que aludido artigo foi escrito em 2000, ano em que a Constituição Federal não previa o instituto da Súmula Vinculante. (BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público.*, n. 32, p. 185-206, 2000).

27 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

28 Sabemos que o Poder Judiciário sempre foi um Poder político, na medida em que exerce e sempre exerceu parcela de poder estatal. Contudo, o sentido que se quer atribuir aqui, quando se fala em poder político, é a liberdade de que dispõe o Poder Judiciário na tomada de decisões, inclusive acerca de assuntos de cunho moral, social e econômico, que antes eram tratados mais frequentemente no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo e que passaram a ser enfrentados e decididos pelo Poder Judiciário.

Se, no nascedouro da teoria de freios e contrapesos, como se viu, o Poder Judiciário foi concebido como um Poder neutro politicamente, esta já não é mais a realidade vivida no Brasil.

Talvez, por força dessa nova realidade, tenha sido proposto o Projeto de Emenda à Constituição 33/2011[29], cujo teor prevê a deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da Súmula Vinculante, no prazo de 90 dias, quando de sua edição, bem como prevê que as decisões de declaração de inconstitucionalidade material, dadas pelo Supremo Tribunal Federal, de Emendas à Constituição, não produzam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, devendo ser encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional, que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

É interessante notar que a própria emenda já prevê que seu texto não poderá ter sua eficácia suspensa por meio de medida cautelar do STF, previsão esta que é, na prática, inócua.

O texto da citada PEC 33/2011 revela como a supremacia do Poder Judiciário, em termos de ausência de controle de sua atuação, incomoda o equilíbrio que deveria haver entre os três Poderes. A revelar tal supremacia, pode-se afirmar, pelas disposições constitucionais vigentes, e ainda que tal emenda venha a ser aprovada, que nada obsta que o Supremo Tribunal Federal a declare inconstitucional, sem que dessa decisão caiba

---

29 "Art. 2º O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação. § 2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. § 5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no § 4º implicará sua aprovação tácita. § 6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. […] (NR)'. Art. 3º O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art. 102. [...] § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o § 2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. § 2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal'" (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso: 3- out. 2016).

qualquer revisão. Qualquer alteração legal ou constitucional que se proponha encontra-se altamente engessada, já que, ao final, tudo é julgado de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, sendo ele o guardião da Constituição.

De todo o exposto, entende-se que restou demonstrado, no presente estudo, que o Poder Judiciário goza atualmente de supremacia diante dos demais Poderes, uma vez que os instrumentos de controle político – freios e contrapesos – existentes na Constituição Federal não mais se adequam à realidade brasileira, ensejando cenário de claro desequilíbrio entre os Poderes[30].

Parece, portanto, que se deva refletir sobre a necessidade de alteração constitucional que preveja um controle externo ao Poder Judiciário a ser exercido pelos demais Poderes, para que se conservem os ideais iniciais da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, ou seja, para que se evite a supremacia de um Poder sobre os demais. Com efeito, não se antevê, como já se teve a oportunidade de mencionar neste trabalho, nada na teoria da separação dos poderes ou dos freios e contrapesos que impeça o controle externo do Poder Judiciário pelos demais Poderes. Isso porque, tais teorias são meros instrumentos cujo objetivo final é evitar o abuso de poder, bem como assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Caso um novo desenho constitucional de controles recíprocos atenda melhor a tais finalidades, em nada se afigurará inconstitucional; ao contrário, estará cumprindo a finalidade inicial de tais teorias, acolhidas em nossa Constituição Federal através da previsão da separação de poderes, que implica a existência de uma necessária harmonia entre eles[31].

---

30 Conrado Hubner Mendes apresenta interessante visão sobre a preponderância atualmente desempenhada pelo Poder Judiciário com relação aos demais Poderes. Na sua visão, o importante não é definir quem é o titular da última palavra, uma vez que este titular não existe. O que existe é um constante diálogo entre os Poderes, e o dono aparente da última palavra (no caso do Brasil, o Poder Judiciário), não o é realmente, já que a realidade por ele firmada pode ser objeto de revisão (uma alteração legislativa, por exemplo). Portanto, a aparente "última palavra" é sempre, em realidade, apenas provisória, posto que parte da política, que se afigura sequencia ininterrupta de contestações e revisões das decisões das autoridades. Defende, ainda, o referido autor que os desequilíbrios entre os Poderes são cíclicos e variam conforme as circunstâncias, sendo inerentes à própria concepção do sistema de freios e contrapesos. (MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação.* 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008). A despeito dos argumentos do autor, entendo, conforme amplamente exposto, que é necessário, sim, repensar os mecanismos de freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário. Isso porque, embora haja um movimento pendular entre os Poderes, a demonstrar ora a superioridade de um, ora de outro, o fato é que a concepção da separação dos poderes e dos freios e contrapesos partiu da premissa de um Poder Judiciário neutro, inofensivo e não da premissa de que, um dia, por força dos movimentos cíclicos, ele viria a tornar-se o grande Poder que é atualmente.

31 As seguintes palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz parecem oportunas, no sentido acima defendido, de que eventual alteração do desenho constitucional de controles entre os Poderes somente seria justificável se a sua finalidade fosse garantir a ideia-fim de tal do princípio da separação dos poderes: "A cláusula-parâmetro por excelência para a aplicação do princípio da separação dos poderes, onde o princípio é constitucionalmente adotado como base de um sistema presidencialista, é, e ainda continua a ser, a cláusula da 'independência e harmonia' entre os poderes. Isto significa dizer que, no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação 'de concerto'. Destarte, quaisquer exceções ao parâmetro do princípio formalmente consagrado em uma Constituição, consubstanciado na 'cláusula de independência e harmonia' dos poderes, só se justificam se voltadas, sempre, para o fim originariamente visado pelo

Bem por isso, passar-se-á a analisar alguns instrumentos constitucionais – não havendo aqui qualquer pretensão de esgotá-los – com potencial de controle da atividade do Poder Judiciário, ainda que tais instrumentos não representem, efetivamente, freios e contrapesos.

3 I INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 O Conselho Nacional de Justiça

O primeiro instrumento a ser analisado, como forma de controle do Poder Judiciário, é o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, previsto nos arts. 92, I-A[32], e 103- B da Constituição Federal pelo avento da EC 45/2004[33].

---

princípio, de separar para limitar. Por isso mesmo, enquanto se mantiver o princípio da separação dos poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos. A flexibilização da regra parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites da ideia-fim do princípio: limitação do poder. De outro lado, a interferência de um poder sobre outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias."

32 "Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A – o Conselho Nacional de Justiça; [...]".

33 "Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a

A origem dos Conselhos de Justiça pode ser encontrada no direito alienígena, sendo pioneiras a França, em 1946, e a Itália, em 1947, cujo objetivo não era o controle da Magistratura, mas, ao contrário, a busca pela sua independência, por serem países originários de regimes parlamentaristas, ou semiparlamentaristas, em que havia grande influência política do Primeiro Ministro e do Parlamento sobre o Judiciário[34].

Ensina Alexandre de Moraes que alguns países europeus, de regime parlamentarista, decidiram criar Conselhos Nacionais de Justiça, como França e Portugal, já outros, como Grã-Bretanha, Irlanda, Holanda e Luxemburgo, decidiram criar Conselhos Superiores da Magistratura, porém todos com o mesmo objetivo – assegurar a independência do Poder Judiciário[35]. Moreira Alves bem o ressaltou no julgamento da ADI n 137-0/PA, ao afirmar que, na Europa, os Conselhos Superiores da Magistratura representaram um avanço no sentido de independência do Judiciário, na medida em que transferiram a colegiados em que a Magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que, historicamente, eram reservados ao Executivo[36].

A independência do Poder Judiciário apresenta duas facetas. Do ponto de vista externo, a independência implica o autogoverno, vale dizer, a autonomia administrativa – definição de quadro de pessoal, política remuneratória, organização judiciária etc. –, bem como autonomia financeira e orçamentária, tendo competência para elaborar sua proposta orçamentária e titularidade de fonte de receitas próprias (custas e emolumentos destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades da Justiça). Do ponto de vista interno, a independência é funcional, é dizer, o juiz, no momento da decisão, está livre de pressões, tanto externas, como internas, decidindo de acordo com o seu livre convencimento. Dão-lhe suporte as garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade de subsídios e da vitaliciedade.

Na origem, portanto, a criação dos Conselhos visava à independência tanto no plano interno quanto no plano externo do Poder Judiciário. No plano interno, a criação do Conselho ensejou a queda do poder hierárquico dos tribunais superiores, porquanto as

---

situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I – receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III – requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. § 6º Junto ao Conselho oficiarão o Procurador- Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça".

34 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional.* 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

35 Ibidem.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 137-0/PA, Rel. Moreira Alves, *DJ* 03.10.1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso: 23-jan. 2017.

competências, ainda que administrativas, foram sendo transferidas dos tribunais superiores para os Conselhos. Do ponto de vista externo, a criação dos Conselhos permitiu uma menor influência do Poder Executivo sobre os juízes[37].

No Brasil, contudo, a criação dos Conselhos parece não ter tido a mesma finalidade. Com efeito, diferentemente dos países europeus, onde os Conselhos foram instituídos para outorgar maior independência ao Poder Judiciário, no Brasil, que parece ter seguido o modelo latino-americano de Conselhos, o objetivo foi estabelecer mecanismos de fiscalização e modernização do Poder Judiciário, evitando a má- administração, o nepotismo e a corrupção[38].

Tal diferença decorre da adoção no Brasil do regime presidencialista de governo. Nesse regime, a separação entre os poderes é mais nítida do que nos regimes parlamentaristas, sendo a independência do Poder Judiciário muito mais enraizada, daí o objetivo de concretizar certo controle sobre o Poder Judiciário, que possui sua autonomia e independência bem assentadas[39].

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz encontra as raízes do Conselho Nacional de Justiça, no Brasil, na Reforma Judiciária realizada em 1977, por meio da Emenda Constitucional 7, de abril de 1977, que criou o Conselho Nacional da Magistratura, composto de sete ministros do Supremo Tribunal Federal, resultado da aquiescência do legislador constituinte com a sugestão formulada pela Comissão Especial do Supremo Tribunal Federal, integrada pelos Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque. A Comissão Especial do Supremo Tribunal Federal já havia sido, naquela época, “encarregada de elaborar o célebre ‘Diagnóstico do Poder Judiciário’, o mais completo estudo até hoje realizado acerca do Poder Judiciário no Brasil”[40]. Tal diagnóstico havia reconhecido a necessidade de intervenção do Conselho, dentro de determinados limites, para a supressão de irregularidades mais graves, não somente quanto à atividade dos juízes, mas também dos demais órgãos ligados ao Poder Judiciário, bem como de criação de um órgão de cúpula, administrativo e disciplinar, para que os diversos tribunais do País não mais vivessem no isolamento, cada um dentro da sua realidade[41]. Antônio Veloso Peleja Júnior ressalta, ainda, como uma das justificativas para a criação do Conselho Nacional de Justiça, a leniência do Poder Judiciário com seus componentes[42].

Contudo, apenas com a aprovação da mencionada Emenda Constitucional 45/2004,

---

37 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional.* 20.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2, p. 634.

38 PELEJA JR., Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira.* 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

39 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

40 LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006.Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d3 4583&pdiCntd=34583>. Acesso: 3-out. 2017

41 Ibidem.

42 PELEJA JR., Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira.* 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tal qual hoje conhecemos, passou a ter previsão na Constituição Federal (art. 103-B). A Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário", trouxe, além de tal alteração, diversas outras relacionadas à Justiça, como a previsão do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), o requisito da repercussão geral, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, bem como o instituto da Súmula Vinculante.

Como visto, o CNJ é órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário, somente abaixo do Supremo Tribunal Federal, tem sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional. É composto por 15 membros, separados em três espécies distintas: membros do Poder Judiciário; membros das Funções Essenciais à Justiça, aqui compreendidos os membros do Ministério Público e advogados; e membros da sociedade[43].

As competências do CNJ estão definidas no § 4º do art. 103-B da CF/1988, e resumem-se, por força da própria dicção constitucional, ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, competindo-lhe: (i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; (ii) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê- los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas; (iii) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (iv) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (v) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (vi) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; e (vii) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho.

---

43 Os membros do Poder Judiciário, que compõem a grande maioria do CNJ, somando nove dentre os 15 membros, são todos indicados por Tribunais, conforme incisos II a IX do art. 103-B, sendo que o Presidente do Supremo Tribunal Federal compõe o Conselho, independentemente de indicação. Ao Ministro Superior de Justiça compete receber as declarações e denúncias formuladas por qualquer interessado, relativos aos juízes e aos serviços judiciários, cabendo-lhe, ainda, exercer as funções de inspeção e correição geral. Com relação aos membros das funções essenciais à justiça, serão dois do Ministério Público, sendo um da União e outro estadual, ambos indicados pelo Procurador-Geral da República, e dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Quanto aos cidadãos, serão de notável saber jurídico e reputação ilibada, e deverão ser indicados, um, pela Câmara, outro, pelo Senado (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional.* 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016).

Vale, ainda, anotar a atribuição regulamentar do CNJ. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de proferir seu entendimento no sentido de que os atos regulamentares expedidos pelo Conselho, no exercício de sua função de controle do Poder Judiciário, revestem-se de força de ato normativo primário, que retira sua validade diretamente da Constituição Federal[44]. Ao analisar a Ação Direta de Constitucionalidade 12, cujo pedido era a declaração de constitucionalidade da Resolução CNJ 7/2005, que tratou da vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, o Ministro Ayres Britto, relator, entendeu, com fundamento na Teoria dos Poderes Implícitos, que a competência do CNJ para expedir atos regulamentares decorria diretamente da Constituição Federal, revestindo-se, pois, dos atributos de generalidade, abstratividade e impessoalidade, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade direto[45].

O CNJ compõe-se, em sua maioria, de membros do próprio Poder Judiciário e o seu Regimento Interno exige, para a constituição válida do Plenário, a presença de, no mínimo, dez de seus integrantes. As suas decisões – do Plenário –, assim como as das Comissões, são tomadas pelo voto da maioria, salvo exigência de quórum qualificado[46], o que torna difícil a aprovação de qualquer medida sem a participação de membros do Poder Judiciário, já que estes compõem mais da metade dos membros do Conselho.

Portanto, da análise das atribuições do CNJ, bem como de sua composição e sistemática de deliberação, conclui-se que o Conselho, a despeito de ter a função de controle do Poder Judiciário, não se caracteriza como órgão de controle externo, mas eminentemente interno deste Poder. Primeiro, porque as atribuições do CNJ são administrativas, financeiras e disciplinares, sendo que nenhuma delas enseja qualquer ingerência na independência funcional do juiz, no momento de proferir sua decisão e formar sua convicção. Segundo, porque a tomada de decisões dentro do Conselho dificilmente será feita sem a participação de membros do próprio Poder Judiciário. Ademais, o próprio artigo 92, I-A da CF/1988 o concebe como órgão do Poder Judiciário.

Atente-se, ainda, para o fato de que as decisões e os atos expedidos pelo CNJ estão sujeitos ao controle do Supremo Tribunal Federal, mais uma razão para não considerá-lo como órgão de controle externo.

Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, quando do questionamento

---

44 O reconhecimento da competência normativa primária do CNJ, pelo STF, parece-nos equivocada, haja vista a possibilidade de coexistência de duas ordens jurídicas paralelas e, quiçá, incompatíveis. De fato, partindo-se do pressuposto que o CNJ possa instituir suas próprias normas primárias, cujo fundamento seja retirado diretamente da Constituição Federal, podemos vir a nos deparar com normas de conteúdo diferente daquelas votadas pelo Poder Legislativo, ao menos com relação às matérias inseridas dentro das atribuições do CNJ, aplicáveis unicamente ao Conselho e aos órgãos a ele vinculados.

45 BRASIL. STF, Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, Rel. Cezar Peluso, *DJ* 18.12.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp? incidente=2358461>. Acesso: 30-mar. 2017.

46 "Art. 121. As decisões do Plenário do CNJ e das Comissões serão tomadas pelo voto da maioria simples dos Conselheiros presentes, observado o *quorum* regimental, exceto nos casos em que haja exigência de *quorum* qualificado".

da constitucionalidade da criação do CNJ, nos autos da ADI n. 3.367/DF, pela sua constitucionalidade.

O relator, Ministro Cezar Peluso, ao enfrentar a questão, fez interessante histórico sobre a separação dos poderes. Expôs que a separação dos poderes não foi concebida como princípio jurídico, mas como um preceito de arte política, cujo escopo era simplesmente evitar o abuso de poder, mas não a divisão de poderes da forma como se conhece hoje. Ao reconduzir a matriz histórica da separação dos poderes no contexto do julgamento da ADI, na qual se alegava a inconstitucionalidade do CNJ, sob o argumento da violação da separação dos poderes, conclui que Montesquieu jamais defendeu a ideia de separação bruta e rígida entre os órgãos incumbidos das funções estatais; ao contrário, fez referência à necessidade de mecanismo de relacionamento mútuo entre eles, a fim de prevenir abusos e assegurar a manutenção da liberdade dos cidadãos. Com essas considerações, concluiu, à luz da estrutura do CNJ, composto em sua maioria por membros do próprio Poder Judiciário, inexistir qualquer intromissão incompatível com a ideia política e o perfil constitucional da separação e independência dos poderes[47].

Atentando para ponto de vista diverso, Fábio Medina Osório entende que a criação do CNJ viola a independência do Poder Judiciário, já que os membros da Magistratura que o compõem são indicados por Ministros dos Tribunais nomeados pelo Presidente da República. O mesmo se diga, em sua opinião, dos membros do Ministério Público indicados pelo Procurador-Geral da República, já que esta autoridade também é indicada pelo Presidente da República[48]. No mesmo sentido as opiniões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, no julgamento da já mencionada ADI n. 3.367/DF, de que a presença de atores externos ao Poder Judiciário levaria a diferentes visões e finalidades institucionais de realização da Justiça, o que poderia comprometer a independência e a complementaridade dos Poderes, salutares à democracia[49].

Concordamos, contudo, com as conclusões do Ministro Relator. Embora o controle exercido pelo CNJ se dê sobre o Poder Judiciário, não pode ser caracterizado como controle externo, porquanto, pela previsão do art. 92, I-A, faz parte do próprio Poder Judiciário, e o exercício de suas atribuições em nada afeta ou reduz a sua independência interna[50]

47 BRASIL. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 137-0/PA, Rel. Moreira Alves, *DJU* 03.10.1997.

48 Nas palavras do autor: “Ocorre que esses mecanismos não podem concentrar-se nas mãos daquele que é e deve ser o principal fiscalizado pelo Poder Judiciário e Ministério Público, ou seja, o Poder Executivo, que é um dos grandes violadores de direitos fundamentais de toda espécie. Até por seu poderio econômico, o Executivo necessita de mais controles. Nesse terreno, é natural e compreensível a desconfiança social. Perguntem à sociedade se ela quer retirar a independência do Ministério Público e do Judiciário, porque houve alguns abusos no manejo de ações civis públicas ou penais” (OSÓRIO, Flávio Medina. Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: proposta de divisão ou concentração de poderes? *Revista dos Tribunais*, v. 783, p. 85-114, jan. 2001).

49 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

50 Hipótese de controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça que poderia resvalar no mérito de uma decisão proferida por um juiz seria o caso do reconhecimento de uma infração disciplinar, por exemplo, decisão em processo

ou externa, como já ressaltado. E, ainda que o fizesse, não nos parece tratar-se de um instrumento de freios e contrapesos, já que exercido pelo próprio Poder Judiciário, como já restou consignado neste trabalho. Há que se atentar, ademais, para o fato de que as próprias decisões e resoluções do CNJ podem ser questionadas junto ao Supremo Tribunal Federal, o que enfraquece, de certo modo, a essência de órgão controlador, já que ele mesmo é controlado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A despeito da discussão existente sobre se o CNJ violaria a separação dos poderes e, portanto, a independência do Poder Judiciário, não nos parece que o fato de existir um órgão cuja função seja exercer o seu controle, ainda que externamente, lhe retiraria a independência.

Notadamente, o fato de um Poder ser controlado por outros não significa que não possua independência. A independência do Poder Judiciário, conforme visto, existe tanto interna como externamente. Internamente, implica a tomada de decisões livre de pressões e ingerência, por meio de seu livre convencimento, garantidas a vitaliciedade, a irredutibilidade de subsídios e a inamovibilidade. Externamente, caracteriza-se pelo seu autogoverno, autonomia financeira e orçamentária. Essa independência, da forma como conceituada, não exclui a possibilidade de controle da atividade judicial, *a posteriori*. Nesse aspecto, é importante notar que os Poderes Legislativo e Executivo, ainda que no desempenho de suas atividades típicas sejam independentes para fazê-lo, nada impede que sofram um controle posteriormente. Esses dois Poderes são controlados em suas atividades-fim e isso não retira a sua independência. Por outro lado, deve-se lembrar que a independência é atrelada à harmonia de Poderes, o que pressupõe os controles recíprocos – *checks and balances* – para que nenhum deles se sobreponha aos demais. Portanto, não nos parece que violaria a Constituição, aqui entendida especificamente a separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário, alteração constitucional prevendo mecanismo de controle externo; afinal, o poder emana do povo e a separação dos poderes nada mais serve do que à proteção dos seus direitos e garantias.

Nesse sentido, Mario Brockmann Machado: referido autor, ao evocar o pensamento de Locke e Montesquieu, conclui que "nada há no princípio da separação de poderes que desaconselhe ou muito menos impeça o controle externo do Judiciário, já que na tradição do pensamento liberal, separação não significa independência, pois cada poder deve controlar os demais". Conclui, pois, que "o objetivo da separação dos poderes é a limitação mútua e não o isolamento e a dilatação independente desses poderes"[51].

Tendo como certo que o controle exercido pelo CNJ se afigura interno, cabe citar alguns exemplos de medidas de controle por ele já instituídas.

---

no qual estaria impedido de atuar. Nesse caso, haveria anulação da decisão, como reflexo da violação de um dever funcional.

51 MACHADO, Mario Bockamnn. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.-dez.1994.

O “Sistema Justiça em Números” (instituído pela Resolução 76/2009)[52], por exemplo, fruto da atividade correcional do CNJ, permite a elaboração de estatísticas sobre despesas e produtividade dos cartórios judiciais, ou seja: dados quantitativos sobre atos recebidos e deliberados nas secretarias das varas cíveis. O estabelecimento de metas pelo CNJ nos Encontros Nacionais do Judiciário, realizados de forma anual, também favorece uma atuação mais célere do Poder Judiciário. Outra medida que poderia ser citada como exemplo de controle exercido pelo CNJ é a Instrução Normativa 2, de 03.11.2009, que disciplina a adoção de medidas destinadas à observância de tramitação de processos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de garantir o cumprimento de prazos ali previstos, bem como dos demais direitos[53]. Frise-se, ainda, a Resolução 135/2011, que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades[54]. Vale mencionar, ademais, a Portaria 41/2016, que instituiu grupo de trabalho para analisar os vencimentos e demais vantagens dos Magistrados de primeiro e segundo graus de jurisdição e propor mecanismos de transparência e de controle pelo CNJ, considerando, conforme a redação da própria Portaria, “a existência de notícias a respeito de pagamentos a magistrados acima do teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal”[55]. Por fim, e sem qualquer pretensão de esgotar os atos normativos de controle expedidos pelo CNJ, cite-se a Resolução 112/2010[56], que, considerando a ocorrência da prescrição como causa de extinção da punibilidade devido à lentidão da prestação jurisdicional e o sentimento de impunidade gerado por essa situação, instituiu mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal.

Tais instrumentos, como se pode concluir, a despeito de não configurarem mecanismo de freios e contrapesos, ou, ainda, não refletirem qualquer tipo de controle externo ao Poder Judiciário, ensejam controle da atividade judicial.

---

52 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 76/2009. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. *DOU*, Seção 1, n. 109/2009, de 10.06.2009, p. 102-103, republicada no *DJE*/CNJ n. 94/2009, de 10.06.2009, p. 2-4, e republicada no *DJE*/CNJ n. 30/2010, de 17.02.2010, p. 2-4 e 6-233; republicada no *DJE*/CNJ n. 77/2015, de 04.05.2015, p. 21 e 25-602, decisão publicada no *DJE*/CNJ n. 198/2015, de 06.11.2015, p. 2-4 e 7-123.

53 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instrução Normativa 2/2009. Disciplina a adoção de medidas destinadas à observância de tramitação de processos da Lei nº 8069/1990; da garantia de cumprimento de prazos previstos na mencionada Lei; dos demais direitos da criança e adolescente estabelecidos na “teoria da proteção integral” e dá outras providências. *DOU* Seção 1, de 04.11.2009, p. 94, e no *DJE*/CNJ n. 187/2009, de 04.11.2009, p. 7.

54 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 135/2011. Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências. Publicada no *DJ-e* n. 130/2011, em 15.07.2011, p. 2-5; disponibilizada no *DJ-e* n. 144/2011, em 04.08.2011, p. 2-5, com a retificação; republicada, com as retificações, no *DJ-e* n. 217/2011, em 24.11.2011, p. 2-5.

55 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria 41/2016. Institui grupo de trabalho para analisar os vencimentos e demais vantagens dos magistrados de primeiro e segundo graus de jurisdição e propor mecanismos de controle pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3244>. Acesso: 31-mar. 2017.

56 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 112/2010. Institui mecanismo para controle dos prazos de prescrição nos tribunais e juízos dotados de competência criminal. Publicada no *DJE*/CNJ n. 62/2010, de 08.04.2010, p. 6-7.

3.2 A liberdade de expressão – opinião pública

O segundo instrumento a ser analisado com potencial de influenciar a atividade judicial é a opinião pública, que decorre diretamente do direito constitucional à liberdade de expressão, previsto como fundamental no art. 5º, IV: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

Para Miguel Reale, não existe democracia sem opinião pública, já que aquela é baseada nesta, o que significa que os cidadãos comuns devem ser espontâneos vigilantes da causa democrática, assim como os meios normais de comunicação – jornais, rádio e televisão[57]. Segundo Víctor Sampedro Blanco, embora a opinião pública exista tanto numa ditadura como numa democracia, a forma de tratamento que lhe é dada por cada um desses regimes é diferente: a primeira a reprime, a segunda a tolera e a leva – nem sempre – em consideração e é manifestada com mais frequência[58].

Portanto, pode-se afirmar que a existência de uma opinião pública pressupõe, obviamente, o direito à liberdade de expressão. Maria Garcia, citando Tocqueville, afirma que "[...] a opinião pública se pode afirmar onde quer que exista liberdade de pensamento e de expressão, pluralidade e pluralismo de órgãos de informação autônomos ou não controlados por políticos"[59].

O conceito de opinião pública passa, inicialmente, pela sua oposição à opinião individual, privada. A opinião privada é aquele juízo que cada indivíduo constrói em seu íntimo, que reflete pensamentos e experiências pessoais, sobre si mesmo, ou sobre fatos e pessoas externos a si, mas que em nada afetam a gestão da coisa pública. Ainda que compartilhados, tais pensamentos, juízos de valor, continuam dotados da característica de privados. Já a opinião será pública quando a sua formação e comunicação recaírem sobre objetos e valores que "envolvam o bem-estar geral, a justiça social, os direitos e deveres políticos e os valores da comunidade, que são assuntos comuns a todos"[60]. Mas não só em razão dos objetos e valores sobre os quais recai atribui-se a qualidade de "pública" a uma opinião. Importa, para que se revista de tal atributo, que haja um processo de formação de tal opinião, que se dá de forma coletiva, inclusive por meio de pensamentos divergentes, e não individualmente. A opinião pública nasce, portanto, de um processo de discussão.

É imperioso, pois, ao conceito de opinião pública, a existência de um processo prévio de discussão, e não apenas de quantidade de opiniões. Vale dizer, a opinião pública não encontra necessariamente correspondência com um número estatístico, ou seja, da

57 REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

58 BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa.* Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

59 GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, p. 54, jan.-mar. 2006.

60 LAMAS, Claudia Maria Las Casas Brito. O constitucionalismo moderno, a democracia e os elementos determinantes da opinião pública na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, p. 7-34, out.-dez. 2010.

maioria. Não significa um resultado de uma pesquisa de opiniões, mas sim o resultado de um processo raciocinado, de trabalho argumentativo, que leve em consideração a qualidade da opinião. A qualidade, pois, nada tem a ver com o mérito da opinião, mas sim com o processo atravessado para alcançá-la, ou seja, a atitude dos que nela incidem, o modo como manifestam seus pontos de vista. A opinião pública não é, pois, a opinião da maioria, não é a opinião do público.

Habermas, igualmente, afirma que a opinião pública não é algo representativo no sentido estatístico; não constitui um agregado de opiniões individuais[61]. A esse título o autor ressalta, ainda, ao contrário do que acreditava Rousseau, que a opinião púbica não encontra identidade na vontade geral, sendo esta uma vontade irrefletida, espelho dos sentimentos que vêm do coração e não da razão. A opinião pública não pode, pois, ser a soma das vontades irrefletidas projetadas na lei, por meio da vontade geral, sob pena de se viver em uma democracia sem discussão pública[62].

Complementa Víctor Sampedro Blanco que somente o diálogo traduz os interesses individuais em coletivos. A deliberação entre sujeitos que buscam o consenso e evitam conflitos é o melhor procedimento para aumentar o conhecimento recíproco, detectar erros e atender aos interesses de todos os afetados[63]. Contudo, para este autor, há dois tipos de opinião pública, a agregada, que é o mero resultado da soma de juízos individuais, que se dá por meio dos votos e pesquisas, e a discursiva, que se traduz no processo, no qual o público é uma coletividade de vontades individuais que delibera entre si, condicionando-se mutuamente, e decorrente da troca de conhecimentos, informações e experiências[64].

Conforme afirma Jurgen Habermas, ao mencionar o entendimento de Jeremy Bentham sobre o assunto, é importante que a questão de vontade se torne uma questão de razão. E tal transformação somente pode acontecer por meio do debate e do processo de discussão[65].

Tupã Gomes Correa antevê três componentes na opinião pública. Admite tratar-se do resultado de uma discussão racional. Contudo, não despreza componentes irracionais, que influenciarão na discussão racional, como, por exemplo, as condições de vida dos participantes da discussão, as tendências naturais ou influências recebidas pelo meio, que determinam a participação numa dada discussão[66]. Assim, além do componente racional, há o emocional e o ambiental. E define opinião pública como “um processo intelectual, iniciado com o surgimento de questões de interesse comum, submetidas aos diferentes

---

61 HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública.* São Paulo: UNESP, 2011.

62 Ibidem.

63 BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa.* Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

64 Ibidem.

65 HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública.* São Paulo: UNESP, 2011.

66 CORREA, Tupã Gomes. *Contato imediato com a opinião pública.* Os bastidores da ação política. 2.ed. São Paulo: Global, 1993.

pontos de vista, seguidas pela deflagração da controvérsia, derivando esta em soluções alternativas, cuja opção sugere o acordo"[67].

Na definição de Maria Garcia, com apoio em Habermas, a opinião pública é um juízo, modo de ver ou de pensar de indivíduos e cidadãos esclarecidos e plenamente informados a respeito de um determinado tema, que será levado em conta como fator determinante no processo de decisão[68]. Na sua definição, e invocando as lições de Estévez Araújo, a educação e a informação do público são requisitos essenciais para que se forme a opinião pública.

Portanto, infere-se que a opinião pública consiste em um modo de ver sobre determinado assunto de interesse público, formado a partir de um processo dialético, racional, que pressupõe a educação e a informação, e que deve ser levado em conta como fator determinante no processo de decisão.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tomam decisões, cada um na sua esfera de competências. Como se sabe, ao Poder Legislativo cabe a tarefa de, ao elaborar leis, sopesar valores e princípios constitucionais, com vistas a criar o arcabouço legislativo infraconstitucional. Ao Poder Executivo cabe a tomada de decisões relativas, sobretudo, aos rumos que a nação tomará, decisões que envolvem atos de governo. Ao Poder Judiciário cabe não somente decidir em casos concretos que lhe são submetidos, mas, também, em casos emblemáticos, de repercussão moral, econômica, social e política, em âmbito nacional, que ditarão o tom que se dará a determinados comandos constitucionais.

Se, por um lado, pode-se afirmar que a opinião pública constitui fator determinante nas decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, em razão, sobretudo, de seus representantes serem eleitos, por outro lado, não se deve desconhecer que o Poder Judiciário vem emergindo como um verdadeiro poder político, palco de discussões que antes se davam no âmbito do Executivo e do Legislativo. Bem por isso, o Judiciário, antes distante e neutro, atualmente não está imune ao controle da opinião pública.

Embora a concepção inicial do Poder Judiciário, no sentido de ser neutro moral e politicamente, pretendesse tornar a decisão judicial imune à opinião pública[69], já se teve a oportunidade de expor ao longo deste estudo que esta não mais é a realidade vivida no Brasil. A distância política e moral do Poder Judiciário cedeu espaço a uma justiça que toma decisões políticas, que escolhe, dentre várias possibilidades, a interpretação das regras

---

67 Ibidem, p. 43-44.

68 GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, p. 52-61, jan.-mar. 2006.

69 Segundo Peter Haberle, ao citar Bachoff, o juiz não se deve deixar influenciar pela opinião pública em um caso concreto, embora admita que o juiz está em permanente comunicação com as partes, com os colegas do tribunal, com os tribunais superiores, bem como com o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e com a opinião pública (HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. *Assuntos Especiais – Textos Clássicos*, DPU, n. 60, p. 25-50, nov.-dez. 2014).

constitucionais que permitem maior concretização da Carta, realidade que o torna, assim como o Executivo e o Legislativo, um poder político.

Nesse sentido, afirma Fernando Filgueiras que, sendo o Judiciário “um poder político”, está sujeito à avaliação da opinião pública, assim como os Poderes Executivo e Legislativo[70]. É certo que a opinião pública não deve ditar as decisões do Poder Judiciário, cuja atuação deve pautar-se sempre por leis e princípios, sobretudo quando se trata do exercício do papel contramajoritário do Poder Judiciário. Contudo, não é menos verdade que, no momento da escolha das várias interpretações possíveis dentro da moldura das regras e dos princípios, cabe a este Poder estar atento à opinião pública.

Partindo das premissas *supra*, pode-se afirmar que a opinião pública influencia, molda as decisões do Poder Judiciário, na medida em que as legitima, sobretudo aquelas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, o Poder Judiciário, especificamente nos casos que envolvam a seara política, social ou moral, deve estar atento à opinião pública, e procurar atendê-la, sempre que juridicamente possível, já que “um tribunal hermético à pressão social corre o risco de ver sua autoridade corroída pelo descrédito, o que pode, em cenários patológicos de crise institucional, resultar no descumprimento das decisões”[71]. Com efeito, Fernando Filgueiras, em artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, afirma que “Pesquisas feitas em várias democracias, das mais estáveis às menos estáveis, mostram que a capacidade real de uma Corte controlar os outros Poderes tem correlação direta com o capital político que essa mesma Corte acumula ao longo do tempo”[72], de modo que “uma Corte que deixa corroer sua própria reputação gradualmente perde força e se marginaliza no sistema político”[73]. A opinião pública talvez seja o último guardião, que guarda aquele que guarda a Constituição.

Luís Roberto Barroso parece corroborar o pensamento de que os Tribunais Constitucionais devem levar em conta a opinião pública como fator de legitimação do Poder Judiciário, ao afirmar que a sua legitimidade, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Havendo um ambiente de desencontro de posições, o correto é seguir aquilo que emana do sentimento social. Alerta, contudo, que o Poder Judiciário não pode tornar-se escravo da opinião pública, porquanto há casos em que a solução justa não é a mais popular, daí a necessidade de exercer seu papel contramajoritário[74].

No mesmo sentido, afirma Jorge Galvão: “O que o *constitucionalismo democrático*

---

70 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. *Os Constitucionalistas*, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de- decidir-sob-aplausos-e-vaias>. Acesso: 15-abr. 2017.

71 FILGUEIRAS, Fernando. O Judiciário, o CNJ e a opinião pública. *Carta Capital*, São Paulo, fev. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj-e-a-opiniao- publica>. Acesso: 15-abr. 2017.

72 MENDES, Conrado Hübner. O STF no tribunal da opinião pública. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2012.

73 Ibidem.

74 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

evidencia, por seu turno, é que historicamente os juízes acabam adotando concepções jurídicas favoráveis às demandas sociais em razão da influência cultural dos diversos atores políticos"[75]. Ressalta, contudo, no mesmo sentido de Luís Roberto Barroso, que "os juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com base em critérios jurídicos"[76].

Maria Eugenia Bunchaft defende, na mesma linha de raciocínio, que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a legitimidade democrática do Poder Judiciário. Na sua visão, a Constituição passa a inspirar lealdade aos cidadãos no momento em que estes anteveem a possibilidade de estabelecer novos sentidos constitucionais[77]. Cita, ainda, a autora o pensamento de Robert Post e Reva Siegel, que prega um "Constitucionalismo Democrático", o qual assegura o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer com que a Constituição seja cumprida[78].

Por fim, Eduardo Mendonça, compartilhando das lições *supra* e resumindo a questão, afirma que:

> É nesses espaços de abertura semântica que se coloca, verdadeiramente,

---

75 GALVÃO, Jorge. Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito. *O Consultor Jurídico*, São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago- 30/observatorio-constitucional-juizes-nao--julgar-acordo-opiniao-publica-direito>. Acesso: 17-jul. 2017.

76 GALVÃO, Jorge. Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito. *O Consultor Jurídico*, São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago- 30/observatorio-constitucional-juizes-nao--julgar-acordo-opiniao-publica-direito>. Acesso: 17-jul. 2017.

77 BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan.-jun. 2011.

78 Ibidem. A respeito do pensamento de Robert Post e Reva Siegel, parece interessante citar o seguinte trecho de autoria de Leonardo García Jaramillo, ao comentar o "Constitucionalismo Democrático", porque vai ao encontro do que viemos de escrever sobre a influência que deve ter a opinião pública nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário: "Professores, entre os quais se encontram Post e Siegel, conheceram este projeto e formularam uma alternativa (A Constituição em 2020), que definiu o curso que deve ter o constitucionalismo em questões como a melhor interpretação da Constituição, os direitos sociais, a igualdade, liberdades civis, a proteção da diversidade valores religiosos e familiares. Um dos elementos centrais do movimento é a necessidade de cortes constitucionais moderarem seu ativismo progressista e serem sensíveis ou receptivas à sociedade civil organizada. Defendem uma fundamentação da Constituição não no consenso a respeito das formas de concebê-la e de aplicá-la, mas sim no dissenso. A legitimidade democrática da Constituição também é alcançada através da dissidência que gera intensas trocas dialógicas. Os tribunais superiores não devem ser alheios a essas trocas. Como a Constituição tem de inspirar lealdade, apesar do desacordo sobre o seu significado, deve ser democraticamente legítima, deve refletir nossos valores, mesmo no contexto de controvérsias culturais"

"*Profesores, entre los que se encuentran Post y Siegel, conocieron este proyecto y formularon otro alternativo (La Constitución en 2020), donde establecen el rumbo que debería tener el constitucionalismo en temas como la mejor interpretación de la Constitución, los derechos sociales, la igualdad, las libertades civiles, la protección de la diversidad religiosa y los valores familiares. Uno de los elementos medulares del movimiento es la necesidad de que los tribunales constitucionales moderen su activismo progresista y sean sensibles, o receptivos, hacia la sociedad civil organizada. Se defiende una fundamentación de la Constitución no en el consenso respecto de las formas de concebirla y aplicarla, sino en el disenso. La legitimidad democrática de la Constitución también se alcanza por el disenso que genera intensos intercambios dialógicos. Las altas cortes no deben ser ajenas a estos intercambios. Como la Constitución tiene que inspirar lealtad a pesar del desacuerdo sobre su significado, debe ser democráticamente legítima, debe reflejar nuestros valores, incluso en el contexto de controversias culturales.*" (JARAMILLO, Leonardo García. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Obras del pensamiento jurídico*, São Paulo, dez. 2015, tradução nossa. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y- Contratacion/constitucionalismo-democratico-robert-post-y-reva-siegel>. Acesso: 18-jul. 2017).

o tema da interação entre decisão judicial e opinião pública. Tal como faz – como deve fazer – em relação aos atos dos outros Poderes, o Judiciário deve, sim, tratar com respeito e seriedade as manifestações sociais acerca das controvérsias levadas a julgamento. Essa é, antes de tudo, uma questão de humildade institucional e de respeito ao princípio democrático. O fato de a ordem jurídica atribuir aos juízes a prerrogativa de confrontarem a vontade política majoritária, em nome do respeito ao Estado de Direito, não significa que eles devam agir como portadores de alguma verdade revelada, como se as suas visões de mundo acerca dos valores constitucionais fossem intrinsecamente superiores às paixões da plebe.

[...].

Mesmo onde exista o controle de constitucionalidade, os juízes devem satisfação aos destinatários de suas decisões, devendo demonstrar que elas são baseadas em uma leitura coerente e consistente da ordem jurídica. A autoridade da jurisdição depende do sucesso desse diálogo, para que a sociedade mantenha a confiança de que os tribunais exercem um papel valioso e digno de ser preservado – inclusive quando contrariem circunstancialmente os desígnios da maioria[79].

De se notar, ainda, a figura do *amicus curiae,* quando o tema é opinião pública. O *amicus curiae*, expressão latina que significa "amigo da corte", de acordo com o glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal, é aquele que representa em juízo a tutela de interesses ou direito de outrem, que poderá influenciar no julgamento da causa. Especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal refere-se à intervenção em processos de controle concentrado de constitucionalidade por pessoa natural ou jurídica, ou, ainda, órgão que tenha representatividade adequada para manifestar-se nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional, sobretudo em casos de "relevante interesse social ou que envolvam valores essenciais de grupos ou classes sociais"[80]. Não é parte no processo; todavia, atuando como terceiro interessado, possibilita a análise de informações relevantes à solução da controvérsia. Tal instituto está previsto tanto no art. 7º, § 2º, da Lei federal 9.868/1999[81], que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (aplicável por analogia à ação de descumprimento de preceito fundamental), quanto no art. 138 do Código de Processo Civil, que trata da admissão do *amicus curiae* nos processos[82].

A partir dessa definição, pode-se afirmar que a figura do *amicus curiae* enseja a

79 MENDONÇA, Eduardo. O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-11/eduardo-mendonca-juiz- sim-permeavel-opiniao-publica#_ftn1>. Acesso 17-abr. 2017.

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. Acesso: 17-abr. 2017.

81 "Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. […] §2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

82 "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação".

participação da sociedade civil no debate que se desenvolve no bojo de uma ação judicial que envolva questões sociais relevantes. Isso porque o amigo da corte possibilita a captação e consequente influência da opinião pública na tomada da decisão, porquanto abre oportunidade para a oitiva das opiniões/informações de entidades da sociedade civil[83], as quais veiculam a opinião de vários setores da sociedade, promovendo o debate entre tais ideias, peculiares a determinados grupos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, após ouvir tais informações/opiniões provenientes de diferentes segmentos da sociedade civil, as levará em conta para a construção da decisão final. Esse processo democrático reflete o mesmo processo narrado para a formação da opinião pública, que se constrói por meio do debate racional e a partir de diferentes opiniões sobre determinado assunto.

O instituto do *amicus curiae* demonstra, pois, a abertura do Poder Judiciário ao controle de suas decisões pela opinião pública, ou, ao menos, à sua influência.

Essa parece ser a ideia de Peter Haberle, ao propor uma nova forma de interpretação das regras constitucionais. De acordo com referido autor, em vista de o processo de interpretação ter se revelado aberto e, portanto, integrar a realidade, há a necessidade de ampliar os círculos de intérpretes para abranger não apenas os órgãos estatais e as partes do processo, mas também a opinião pública democrática e pluralista[84].

Ainda de acordo com o pensamento do autor,

> A vinculação judicial à lei e à independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre-arbítrio. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei[85].

Pode-se afirmar que esse pensamento compreende a opinião pública como um legitimador e limitador da interpretação judicial, na medida em que deve ser levada em conta na construção da interpretação constitucional.

Ainda, a regra que determina que o processo seja público, por força de disposição constitucional, salvo exceções previstas em lei, já contempla o controle da opinião pública sobre o Poder Judiciário.

Enfim, a opinião pública é o juízo que permite aos homens, sobretudo públicos,

---

83 De acordo com Víctor Sampedro Blanco, a sociedade civil manifesta a opinião dos indivíduos que representam na esfera pública, transmitindo aos governantes a voz dos governados, influenciando o modo de exercer do Poder (BLANCO, Victor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa.* Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000).
84 HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. *Assuntos Especiais – Textos Clássicos*, DPU, n. 60, p. 25-50, nov.-dez. 2014.
85 Ibidem.

encontrar – ou não – o aval de seus semelhantes[86]. O Poder Judiciário, pois, da mesma forma, por ser detentor e exercer um poder político, deve buscar no povo a concordância com suas decisões. É bom sempre lembrar que "todo o poder emana do povo" (art. 2º, parágrafo único, da CF/1988), e é ele, em última instância, o controlador de todos os Poderes.

Assinale-se que, no Brasil, faltam as bases para a formação de opinião pública devidamente refletida e raciocinada, já que a falta de acesso à educação e a pressão com as preocupações vitais, como trabalho, alimentação e saúde, não permitem tempo para reflexão. Ademais, o acesso à informação é privilégio de poucos no Brasil. Assim, corre-se o risco de a opinião pública que influencia o Judiciário não refletir a verdadeira opinião pública, mas a opinião de segmentos privilegiados da sociedade.

3.3 Direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a")

O último instituto constitucional a ser analisado neste estudo como meio de controle do Poder Judiciário é o direito de petição.

O direito de petição está previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal e assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de interpor petição aos Poderes Públicos "em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder". Um Estado Democrático de Direito impõe a participação dos cidadãos na tomada das decisões políticas. Tal direito é, pois, corolário do Estado Democrático de Direito.

Artur Cortez Bonifácio informa que, a despeito de a Magna Carta ter sido o primeiro documento a contemplar o direito de petição formalmente, tal direito já existia independente de sua formalização, que se revelava por meio da comunicação existente entre o súdito e o Rei, em que aquele se dirigia a este requerendo concessão de benefícios. Alerta que essa comunicação é tradição constitucional britânica, antes mesmo da existência da Magna Carta, representada pela realização de pactos entre súditos e monarcas, com vistas à proteção de direitos individuais[87].

A Magna Carta de 1215, primeiro instrumento a contemplar formalmente tal direito, previa em sua cláusula 40 que "A ninguém venderemos justiça ou direito, nem a recusaremos ou demoraremos". A *Petition of Rights*, assinada em 07.06.1628, ratificou vários dispositivos da Magna Carta. Contudo, com a assinatura do *Bill of Rights* por Guilherme de Orange, o direito de petição formalizou-se como verdadeiro direito, já que o art. 5º desse documento passou a assegurar aos súditos o direito de peticionarem junto ao Rei e, ao mesmo tempo, a garantia de que toda prisão ou acusação baseada no exercício

---

86 Segundo Víctor Sampedro Blanco, Michel de Montaigne foi o primeiro a utilizar a expressão "opinion publique", preocupado com a atenção que seus escritos despertavam nos leitores, já no século XVI (BLANCO, Victor Sampedro. *Opinón pública y democracia deliberativa.* Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000).

87 BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição* – garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

desse direito seria ilegal[88]. A experiência inglesa irradiou-se não só pela Europa, mas também pelo continente americano.

Michel Temer relembra, ainda, que "o direito do povo de dirigir petições ao governo para reparação de suas lesões foi consagrado, também, pela primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos"[89].

Artur Cortez Bonifácio identifica três funções no direito de petição. A primeira delas diz respeito a um pedido de abstenção do Estado em favor de eventuais direitos defendidos, em favor da liberdade dos indivíduos. A segunda diz com a possibilidade de o instituto propiciar ativa participação na vida da sociedade, já que lhe é ínsita a possibilidade de instrumentalizar pedidos em favor da melhoria do bem-estar das pessoas. Identifica-se na segunda função um direito de natureza prestacional. A terceira permite àquele que peticiona lançar mão contra ações ilegais ou abusivas de poder, praticadas pelo Estado, configurando-se em direito de fiscalização dos Poderes Públicos[90]. Portanto, de acordo com o autor, o direito de petição é um direito de interação entre o indivíduo e os Poderes Públicos, cuja finalidade é assegurar a liberdade, obter prestações materiais, bem como participar e fiscalizar as decisões políticas que lhe afetam. Nesse aspecto, afigura-se um instrumento que faculta ao indivíduo dirigir-se a quaisquer autoridades públicas apresentando petições, representações, reclamações ou queixas destinadas à defesa dos seus direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral[91].

Para Michel Temer, "a petição visa a prevenir a vulneração a direito (daí porque por ela se visa a defender direito) e denunciar ilegalidade ou abuso de poder"[92].

Com efeito, a palavra petição remete ao direito de reclamar, de pedir, de postular, de representar do qual dispõe o indivíduo para fazer valer seus direitos, próprios ou da coletividade, sempre que se sinta ameaçado ou violado. Configura-se em direito fundamental, que, no nosso direito constitucional, vem sendo instrumento pelo qual se exercita também o direito de representação[93].

A legitimação para o exercício do direito de petição é ampla, não se restringindo apenas aos cidadãos, mas a todos os brasileiros e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, dotados ou não de personalidade jurídica. Pode-se voltar à defesa da legalidade constitucional e do interesse público em geral, sendo seu exercício, em prol do interesse coletivo ou geral, absolutamente desvinculado da comprovação da existência de qualquer

---

88 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0- cria%C3%A7%-C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-declaracao- inglesa-de-direitos-1689.html>. Acesso: 27-abr. 2017.

89 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 23.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.

90 BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição* – garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

91 BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1989.

92 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 23.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 215.

93 BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição* – garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

lesão a interesses próprios do peticionário[94].

A Constituição Federal assegura, ainda, o exercício do direito de petição independentemente do pagamento de taxas, que prescinde de forma ou processo específico para ser exercido.

As autoridades requeridas têm a obrigação de conhecer da petição e de oferecer resposta material ao conteúdo veiculado na petição, não podendo ser destituído de eficácia[95], já que se configura em direito de aplicabilidade plena e imediata.

A expressão "Poderes Públicos" a que faz referência o citado dispositivo constitucional abrange as funções administrativa, legislativa e judiciária e, portanto, os Poderes (órgãos) que representam tais funções, já que o poder estatal é uno. Sob esse prisma, todos os órgãos que integram a estrutura orgânica constitucional do Estado, independentemente de possuírem autonomia funcional ou administrativa, estão abrangidos pelo conceito de Poder Público[96].

Dúvida se coloca quanto às atividades exercidas pelos três Poderes, que podem ser atacadas via direito de petição. Numa primeira análise, é fácil afirmar que são impugnáveis os atos tipicamente administrativos, ou seja, "quase a totalidade de todos aqueles praticados pelo Poder Executivo e os praticados pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário quando exercem funções anômalas, isto é, funções que na tripartição clássica não lhes são próprias"[97]. Portanto, o direito de petição, não podendo ser utilizado com relação à função jurisdicional, em tese, não se confunde com o direito de ação, tampouco o substitui. Conforme Celso de Mello, o direito de petição traduz-se em direito público subjetivo de índole essencialmente democrática, contudo não assegura a possibilidade de o interessado ingressar em juízo, para, "independentemente de advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros [...]"[98].

Trazendo o direito de petição para o objetivo deste estudo, vê-se, das lições *supra*, que pode ser utilizado como instrumento de controle do Poder Judiciário no que diz com o desempenho de sua função administrativa exercida de forma atípica, para evitar abusos e ilegalidades. Assim, por exemplo, o pagamento de subsídios de forma inconstitucional por parte dos Tribunais poderia ser atacado via direito de petição, visando ao restabelecimento da constitucionalidade. O conhecimento e a resposta ao peticionamento são obrigatórios por parte do Poder Judiciário. O mesmo se diga, por exemplo, com relação a eventual questionamento de concurso público realizado pelo Poder Judiciário em desobediência aos

---

94 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

95 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

96 Ibidem. No mesmo sentido, afirma Alexandre de Moraes que o direito de petição pode ser exercido em face dos Poderes Públicos, assim entendidos "Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como ao Ministério Público, contra ilegalidade ou abuso de poder" (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 197).

97 BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *O direito constitucional de petição*. 2003. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

98 BRASIL. STF, Acórdão na Ação Rescisória 1.354, Rel. Celso de Mello, *DJ* 06.06.1997, p. 260.

comandos legais e constitucionais.

A questão que agora se coloca é se o direito de petição poderia ser utilizado como instrumento de controle com relação à função típica desempenhada pelo Poder Judiciário.

A esse respeito, parecem oportunas as palavras de Clémerson Merlin Clève, para quem existe atualmente uma tendência à reformulação do conceito de cidadania[99], a qual contempla a adoção de técnicas diretas de participação democrática, com abertura de espaço para que o cidadão atue, direta e indiretamente, no território estatal[100].

Tal afirmativa nos leva ao pensamento de Eneida Desiree Salgado e Geisla Aparecida Van Haadel Mendes, para quem o direito de petição teria uma função muito mais ampla do que o mero controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário: poderia, entendido em sua forma mais ambiciosa, levar à efetiva realização do direito de acesso à justiça e à real democratização do controle de constitucionalidade. No seu modo de ver, o direito de petição mostra-se sensível potencial de contribuição ao ideal democrático presente no desenho constitucional, haja vista que, por meio de pedido individualizado, que mantenha correlação com o debate do tema principal, pode acrescer outros argumentos correlatos para estender o domínio da compreensão do processo principal. Tal instrumento poderia assim ser utilizado, já que a figura do *amicus curiae* não se mostra suficiente à ampliação do debate democrático[101].

Em síntese, pode-se afirmar que o direito de petição, em sua acepção ampla, permitiria a participação dos cidadãos no controle de constitucionalidade que tem como parâmetro de controle a Constituição Federal, à qual esses indivíduos são submetidos. Nada mais justo que aqueles que vivem a Constituição Federal e que outorgaram poderes aos constituintes para sua elaboração participem de sua interpretação, já que eventual afronta à identidade da Constituição Federal configura afronta à comunidade que a instituiu como norma fundamental[102].

Ainda, contrariamente ao que afirma grande parte da doutrina, as ações de controle de constitucionalidade não abrangeriam mero processo de índole objetiva, mas, sim, subjetiva, porquanto a contraposição de argumentos é fundamental na construção de melhores respostas, o que se faz por meio do diálogo e de um fluxo de comunicação de ideias, sem o que perderia, o processo constitucional, sua legitimidade democrática.

---

99 Embora o direito de petição seja assegurado aos indivíduos, inclusive estrangeiros, o controle proposto, da atividade do Poder Judiciário, por meio do direito de petição em sua acepção ampla, abrange apenas os cidadãos brasileiros, porquanto envolve o exercício da jurisdição com a finalidade de estabelecer a interpretação da Constituição Federal e não de resguardar direito fundamentais.

100 CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito).* São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 16.

101 SALGADO, Eneida Desiree; MENDES, Aparecida Van Haadel. O direito de petição sob perspectiva: uma proposta para a ampliação do debate democrático no controle concentrado de constitucionalidade. *Direitos Fundamentais e Democracia II*, Curitiba, p. 86-107, 2013.

102 Ibidem.

Ao menos é essa a posição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz[103], para quem a negação da subjetivação do controle de constitucionalidade seria a negação a todos aqueles que vivem num regime político do direito de participar da interpretação da Constituição.

Na mesma linha de raciocínio, Osório Silva Barbosa Sobrinho entende que o cidadão, mais do que as instituições, tem interesse na fiel observância da Constituição, de modo que não pode, nem deve aceitar a permanência de um sistema de lei que conflite com a Carta Política. Por tal motivo, defende que petições apresentadas, em decorrência do exercício do direito de petição, "recebidas pelo Procurador-Geral da República que veicularem o questionamento de inconstitucionalidade de lei devem ser devidamente processadas"[104].

Portanto, o direito de petição seria, além de um instrumento de controle/fiscalização das funções administrativas exercidas pelo Poder Judiciário atipicamente, um instrumento de participação e de controle, à disposição dos cidadãos, nas funções essencialmente judiciais, especificamente no que se refere aos processos que tratam de controle concentrado de constitucionalidade.

---

103 CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

104 BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Ação direta de inconstitucionalidade popular, via direito de petição,* nov. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33884/acao-direta-de- inconstitucionalidade-popular-via-direito-de-peticao>. Acesso: 4- mai. 2017.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo analisar se a finalidade inicial da concepção da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar uma situação de equilíbrio, visando a evitar o abuso por parte de cada um deles e a eventual violação aos direitos dos cidadãos, está sendo atendida na redação atual da Constituição Federal, considerando-se a realidade brasileira sobre a qual se aplica.

Para tanto, propôs-se estudar as origens e o conteúdo da teoria da separação dos poderes e dos freios e contrapesos, bem como a forma como estão dispostos na Constituição Federal de 1988.

As origens da separação dos poderes, tal qual a conhecemos atualmente, decorreu da necessidade de se evitar o abuso do poder, da consagração do *rule of law,* bem como de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, a divisão de funções entre diferentes órgãos dos estados foi necessária para que não se concentrassem nas mãos de um só.

A contribuição norte-americana acrescentou à concepção inicial de divisão de funções entre diferentes órgãos a ideia de freios e contrapesos. Com efeito, por meio dos diversos artigos escritos em *O Federalista,* os *Fouding Fathers* defenderam que, além da mera divisão de funções, era necessária a criação de certa interdependência entre os órgãos que representavam o poder estatal, haja vista que por intermédio da interpenetração de funções, os titulares dos diferentes Poderes acabariam por conter-se reciprocamente, evitando abusos.

Foi possível, ainda, diferenciar o conceito de freios, que são medidas tomadas por um Poder capazes de neutralizar as decisões tomadas por outro Poder, do conceito de contrapesos, que são medidas que visam a tornar determinada decisão de um Poder mais equilibrada, mediante a participação de outros Poderes.

Restou comprovado, portanto, que tanto a separação dos poderes como os mecanismos de freios e contrapesos apenas afiguram-se instrumentos para evitar o abuso de poder, com vistas a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, a distinção das funções do Estado em três Poderes, bem como a positivação de determinada forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos entres eles é meio para o alcance dessa finalidade. Tal assertiva nos conduz à conclusão, exposta no curso do estudo, de que tal desenho não é estanque e nem um fim em si mesmo, comportando outras formas de arranjo, desde que atingida a finalidade inicial.

Partindo da conclusão acima, revelou-se imprescindível efetuar uma análise da distribuição dos freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988, com o intuito de averiguar se o desenho por ela adotado atendia, ainda, à finalidade com que foram concebidas as teorias da separação dos poderes e dos freios e contrapesos.

A análise demonstrou que as concepções e os objetivos iniciais podem não estar sendo atendidos.

Com efeito, a separação dos poderes e os freios e contrapesos foram concebidos, repise-se, com o único e exclusivo objetivo de equilibrar a balança, tanto por meio da distribuição de atividades específicas a cada um dos três Poderes (separação dos Poderes), como por meio da outorga de mecanismos que permitissem o controle recíproco entre eles (freios e contrapesos), visando a evitar o abuso de poder, que enseja a violação de direitos.

Ora, a análise dos dispositivos constitucionais revelou grande interação e diversos mecanismos de contenção recíprocos entre os Poderes Legislativo e Executivo, inclusive no que tange às atividades-fim por eles desenvolvidas. Contudo, com relação à atividade típica desempenhada pelo Poder Judiciário, o estudo revelou a existência de instrumentos de controle menos efetivos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, já que tanto os freios como os contrapesos apenas podem ser exercidos de forma indireta sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. Por outro lado, também restou demonstrado que este último exerce grande controle, inclusive e sobretudo através de freios diretos, sobre as atividades típicas desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, especificamente por meio do controle de constitucionalidade e de legalidade.

A distribuição dos mecanismos de freios e contrapesos, da forma como se encontra atualmente na Constituição Federal, pode ter ensejado, num primeiro momento, a harmonia entre os três Poderes, já que o Poder Judiciário era visto como um Poder neutro, afastado da política e da moral, apegado ao texto da lei. Tal neutralidade e a limitação do seu comportamento pelas regras, votadas pelo Legislativo, justificavam a ausência de maiores controles pelos demais Poderes, já que havia pouco espaço para a discricionariedade.

Contudo, verificou-se que essa forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos não mais propicia harmonia entre os Poderes, haja vista que o Poder Judiciário não mais demonstra neutralidade em seu comportamento. Presencia-se, atualmente, um deslocamento do centro de decisão política das instâncias ordinárias – Executivo e Legislativo – para o Judiciário; eis que este é chamado a interpretar a Constituição no cumprimento de suas finalidades. Ao fazê-lo, o Poder Judiciário é também chamado a fazer escolhas quanto à interpretação das disposições constitucionais, sobretudo em vista da larga utilização de princípios, passando, pois, a ocupar um espaço político sobre o qual não lhe era dado penetrar.

Logo, pode-se afirmar que, a despeito de a distribuição das atividades e dos meios de controles recíprocos entre os Poderes, do modo como disposto na Constituição Federal, ter atendido, inicialmente, a tais ideais, as mudanças sociais, políticas e do comportamento do próprio Judiciário vêm demonstrando que o desenho adotado pela Constituição Federal de 1988 coloca-o, em vista da atual realidade brasileira, em situação de supremacia com relação aos outros, quando se trata do controle recíproco exercido entres os Poderes.

De todo modo, foram identificados no texto constitucional três instrumentos com potencial de diminuí-lo (o desequilíbrio). O primeiro deles é o Conselho Nacional de Justiça, que, apesar de não possuir natureza de freio e contrapeso, enseja controle interno sobre as atividades dos magistrados. O segundo foi identificado na opinião pública, fruto do direito à liberdade de expressão. E o terceiro instrumento decorre do exercício do direito de petição. Os dois últimos poderiam, inclusive, fundamentados numa interpretação mais ampla, influenciar a atividade judicial típica.

Contudo, o desequilíbrio persiste, pois os instrumentos identificados não configuram mecanismos de freios e contrapesos (que revelam contenção entre os três Poderes). O desequilíbrio constatado enseja a desarmonia, com a consequente preponderância do Poder Judiciário sobre os demais, cenário este favorável à violação das concepções iniciais da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos.

Dado o caráter instrumental das teorias da separação de poderes e dos freios e contrapesos, o desequilíbrio constatado e a necessidade de que os Poderes controlem-se reciprocamente a fim de evitar abusos, parece que se deva refletir sobre a necessidade de alteração constitucional que preveja um controle externo ao Poder Judiciário a ser exercido pelos demais Poderes. Eventual alteração nesse sentido não afrontaria a separação dos poderes, tampouco a teoria dos freios e contrapesos. Ao contrário, por tratar-se de teorias instrumentais, que não são um fim em si mesmas, a alteração traria equilíbrio entres os Poderes, concretizando os seus ideias originais, evitando-se a supremacia de um sobre os demais.

Conclui-se, assim, esperando-se ter trazido contribuição para reflexão e revisitação do tema da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos no Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

________. *The failure of the founding fathers*: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Harvard University Press, 2005.

AMADO, Juan Antonio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría,* n. 35, p. 151-172, jul.-dez. 2006.

AMARAL JR., José Levi Mello. Sobre a organização de Poderes em Montesquieu. Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de 'O espírito das Leis', *Revista dos Tribunais,* v. 868, p. 53-68, fev.2008

________. *Medida provisória*: edição e conversão em lei. Teoria e prática. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARISTÓTELES. *A política.* 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n. 83, p. 141-214, jul./set. 1984.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Ação Direta de Inconstitucionalidade popular, via direito de petição.* Nov. 2014. Disponível em: <https://jus. com.br/artigos/33884/acao-direta-de-inconstitucionalidade-popular-via-direito-de- peticao>.

________. *O direito constitucional de petição*. 2003. 361f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público.*, n. 32, p. 185- 206, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr.-jun. 2000. Disponível em: <http://www.bidforum. com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51614>.

________. Crimes de responsabilidade e processo de *impeachment* – descabimento contra secretário de estado que deixou o cargo. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 3, p. 615-632, maio 2011.

_________. *Curso de direito constitucional contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2015.

________. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* Disponível em: <http://www.oab. org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

________. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. Escolha de integrantes de Tribunais Regionais do Trabalho por meio de lista tríplice. Ato de natureza mista da Presidência da República. *Revista dos Tribunais*, v. 929, p. 123-135, mar. 2013.

BLANCO, Víctor Sampedro. *Opinión pública y democracia deliberativa.* Medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Distrito Federal: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONIFACIO, Artur Cortez. *Direito de petição* – garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102367&tipoDocume nto=RSF&tipoTexto=ATU>.

________. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*, nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. I, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/>.

BRITTO, Luiz Navarro de. *O veto legislativo.* Estudo comparado. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1966.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan.-jun. 2011.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

CAPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Abris Editor, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 20.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2.

CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos da forma de designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. In: MENEZES, Fernando et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 573-587.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 31, p. 57-73, abr.-jun. 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito).* São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONTI, José Maurício. *Supremo gera polêmica ao decidir sobre julgamento de contas de prefeitos.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf- gera-polemica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>.

CORREA, Tupã Gomes. *Contato imediato com a opinião pública.* Os bastidores da ação política. 2.ed. São Paulo: Global, 1993.

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. A separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 15-35, out.-dez. 2015.

CRETELLA JR., José. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). *Revista dos Tribunais*, v. 770, p. 433-441, dez. 1999.

________. Natureza jurídica do impeachment no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 4, p. 497-510, maio 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf 378 ementa_do_vot o_do_ministro_roberto_barroso.pdf>. Acesso: 27- nov. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo.* 30.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direito a sério.* 2.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional.* 3.ed. Madrid: Civitas, 1988.

FALCÃO, Joaquim. Separação de Poderes e a independência do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 243, p. 253-274, jan. 2006.

FAZANARO, Renato Vaquelli. O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 89, p. 217-276, out.-dez. 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013.

________. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, p. 40-48, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

________. *Do processo legislativo.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. II.

FIGUEIRA, Fernando. O Judiciário, o CNJ e a opinião pública. *Os constiucionalistas.* fev. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/o-judiciario-o-cnj- e-a-opiniao-publica>.

FREITAS, José Ferreira de. Os Tribunais de Contas e a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 6, p. 80-86, jan.-mar. 1994.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Menezes et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia*: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 365-394.

________. Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito. *Carta Capital*, ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago- 30/observatorio-constitucional-juizes-nao-julgar-acordo-opiniao-publica-direito>.

GARCIA, Maria. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, p. 52-61, jan.-mar. 2006.

GERMÁN, J. Bidart Campos. *El derecho constitucional del poder.* Buenos Aires: Ediar, 1967. t. II.

GHELERE, Gabriela Doll. *A liberdade individual para Benjamin Constant.* 2008. 80 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Nomeações políticas para o Judiciário: apadrinhamento nas cleptocracias.* Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/nomeacoes-politicas-para-o- judiciario-apadrinhamento-nas-cleptocracias/>.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. *Assuntos Especiais – Textos Clássicos*, DPU, n. 60, p. 25-50, nov.-dez. 2014.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública.* São Paulo: UNESP, 2011. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional.* 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. JACQUES, Paulino. *A Constituição explicada.* Rio de Janeiro: Forense, 1970.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAMAS, Claudia Maria Las Casas Brito. O constitucionalismo moderno, a democracia e os elementos determinantes da opinião pública na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, p. 7-34, out.-dez. 2010.

LAMY, Marcelo. Doutrina judicial vinculante sobre as comissões parlamentares de inquérito – CPI's. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 14, p. 63-98, jul.-dez. 2009.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3f pdiCntd%3d34583&pdiCntd=34583>. Acesso: 3-out. 2017

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo.* São Paulo: Martin Claret, 2002. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1954.

MACHADO, Mario Bockamnn. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 9, p. 81-86, out.- dez.1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Francisco Peçanha. Quinto Constitucional e a renovação do Poder Judiciário. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, ano 33, n. 33, p. 1-8, set.-dez. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição.* 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas S/A, 1948. t. II.

MEDAUAR, Odete. Controle parlamentar da administração. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 111-130, jul.-set. 1990.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação.* 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

________. O STF no tribunal da opinião pública. *O Estadão*, jan. 2012. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-stf-no-tribunal-da-opiniao-publica-imp- ,828650>.

MENDONÇA, Eduardo. O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública. *Carta Capital.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-11/eduardo-mendonca- juiz-sim-permeavel-opiniao-publica#_ftn1>.

MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes*. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf>. MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois.* São Paulo: Abril, 1973.

MORAES, Alexandre. A evolução da atuação do Presidente da República. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 607-631.

________. *Direito constitucional.* 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

________. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista dos Tribunais*, v. 817, p. 731-750, nov. 2003.

MOREIRA, Lucas Pessoa. *A expansão do Poder Judiciário e o espaço de sua autoridade fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas plurais.* 2016. 210 f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia. Crise e Superação.* Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MORGADO, Cintia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, n. 66, p. 64-93, jan. 2011.

NALINI, José Renato. O futuro da separação dos poderes. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 11-20, abr.-jun. 2009.

NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade.* 2017. 276 f. Tese (Dutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano*. A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. *R. Inf. Legisl.*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 55-82, jul.-set. 1977.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: proposta de divisão ou concentração de poderes? *Revista dos Tribunais*, v. 783, p. 85- 114, jan. 2001.

PAUPERIO, A. Machado. Veto II. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1982. v. 77.

PELEJA JR., Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira.* 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan.-mar. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias*. Os constitucionalistas.* out. 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e- dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias>.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. *A reserva de jurisdição*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1 de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I.

RAMOS, Dirceu Torrecillas. O controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 97-104, abr.-jun. 1995. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial.* São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* São Paulo: Saraiva, 2002.

________. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado.* Rio de Janeiro: Borsói, 1959.

SALGADO, Eneida Desiree; MENDES, Aparecida Van Haadel. O direito de petição sob perspectiva: uma proposta para a ampliação do debate democrático no controle concentrado de constitucionalidade. *Direitos Fundamentais e Democracia II*, Curitiba, p. 86-107, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite*. O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANFORD, Levinson. SANFORD, Levinson. Por qué no enseño “Marbury” (excepto a europeos del Este) y por qué ustedes tampoco deberían. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. año 7, número 13, p. 137-167, 2009

SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine.* Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=fac pub>.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante.* Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais*: o Estado social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder.* São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA, Artur Cesar. *Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura*: uma perspectiva democrática fiscalizatória (*checks and balances*). Distrito Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “Poderes” do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 29, p. 25-34, out.-dez. 1999.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 23.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 121, p. 265- 271, jan.-mar. 1994.

VALE, Murilo Melo. Do administrador-juiz ao juiz-administrador: o retorno ao "pecado original" do contencioso envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 165-181, maio- ago. 2014.

WEDY, Gabriel. A separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, mar.-abr. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47682>. Acesso: 18-out. 2017.

WOMERSELY, David. *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1727>.

WOOTTON, David. *Liberty, metaphor, and mechanism*: "checks and balance" and the origins of modern constitutionalism. Liberty and american experience in the Eighteenth Century. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1727&Itemid=27>. Acesso: 28- jun. 2016.

Endereços eletrônicos consultados http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso. http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-agora,70001636883 http://www.cnj.jus.br

http://www.conseil-constitutionnel.fr http://www.direitoshumanos.usp.br/ http://www.direitoshumanos.usp.br/ http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=186 http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533

SOBRE A AUTORA

BEATRIZ MENEGHEL CHAGAS CAMARGO - Procuradora do Estado de São Paulo desde 2010, graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2006), pós-graduada pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em Direito do Estado (2014) e Mestre pela Faculdade de Direito da PUC/SP (2017).